

University of Groningen

Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht

Keulen, B.F.; Bröring, H.E.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Early version, also known as pre-print

Publication date:

2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Keulen, B. F., & Bröring, H. E. (2017). *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*. Paris.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

An abstract graphic featuring three blue circles of varying sizes and three thin blue lines. One line connects the top-left edge of the largest circle to the top-right edge of the medium circle. Another line connects the top-right edge of the medium circle to the top-left edge of the smallest circle. A third line extends from the bottom-left edge of the smallest circle towards the bottom-right corner of the page. The circles are semi-transparent and have a radial gradient.

Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht

Prof. mr. H.E. Bröring
Prof. mr. B.F. Keulen

Februari 2016

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	1
Woord vooraf	7
Eenheid en doelmatigheid van bestraffende procedures	
Prof.mr. H.E. Bröring	
1. Inleiding	9
Deel I	
2. Algemene indicatoren	9
<i>Chronologische indeling</i>	9
<i>Tot de Wet OM-afdoening en Vierde tranche Awb</i>	10
<i>Wet OM-afdoening</i>	11
<i>Vierde tranche Awb</i>	13
<i>Na invoering OM-afdoening en Vierde tranche Awb</i>	14
<i>Aanvulling</i>	14
3. Het Advies van de Raad van State	15
<i>Herijking</i>	15
<i>Achterhaalde indicatoren en nog bestaande verschillen</i>	16
<i>Behoud van de bestuurlijke boete op ruime schaal, maar wel meer rechtseenheid</i>	17
<i>Aard en ernst van de overtreding, moreel gehalte</i>	17
<i>Zwaarte van de sanctie</i>	18
<i>Besloten en open context</i>	21
<i>Verantwoordelijkheid, complementering handhavingsinstrumentarium en materiedeskundigheid bestuur</i>	22
<i>De verschillen en feilen</i>	22
4. Tussenbeschouwing	23
<i>De hoofdconclusie en haar beperkingen</i>	23
<i>Onvoldoende aandacht voor soorten bestuur en bestuurlijke organisaties</i>	24

<i>Onvoldoende aandacht voor systeeminherente kenmerken</i>	24
<i>Het knelpunt van de doorgeschoten bestuurlijke boetes</i>	24
<i>Regie</i>	26
<i>Vervolg</i>	26

Deel II

5.	Nadere vergelijking bestuursrecht en strafrecht vanuit systeemkenmerken	27
	<i>Bestuursrecht: het besluit centraal; strafrecht: de vol beslissende rechter</i>	27
	<i>Bestuursrecht: accent op gelijkheid en consistentie; strafrecht: accent op evenredigheid</i>	28
	<i>Bestuursrecht: beleidsregels; strafrecht: vervolgings- en strafvorderingsrichtlijnen</i>	29
	<i>Bestuursrecht: grote diversiteit in organisatie en taakstelling; strafrecht: eenduidige organisatie met bestraffing als hoofdtak</i>	31
6.	Consequenties voor de keuze tussen bestuurlijke boete en strafbeschikking	32
	<i>Vooraf</i>	32
	<i>Financieel, gebonden bestuur zonder derde-belanghebbenden</i>	33
	<i>Regulators</i>	34
	<i>Decentraal (politiek) bestuur</i>	36
	<i>Bestuurlijke samenwerkingsverbanden</i>	36
	<i>Digitalisering, open normen en netwerkstructuren</i>	37
7.	Verhouding tussen bestuur en OM nader beschouwd	38
	<i>Primaire fase</i>	38
	<i>Bezwaar- of verzetsprocedure</i>	40
8.	Andere (concrete) punten van verschil	42
	<i>Relativering</i>	42
	<i>Relevantie juridische context</i>	43
	<i>Invordering en bestemming boetegelden</i>	44
	<i>Documentatie</i>	44
	<i>Overwegend formele en procedurele verschillen</i>	45
	<i>Bewijsvoering</i>	45

9.	Overige (bestraffende?) bestuurlijke sancties	47
	<i>Variëteit</i>	47
	<i>Intrekking van een begunstigende beschikking</i>	48
	<i>Asp</i>	49
	<i>Naming and shaming</i>	49
	<i>Bibob</i>	50
	<i>Openbare orde</i>	51
	<i>Beoordeling</i>	51

Deel III

10.	Slotbeschouwing	51
	<i>Diagnose: wat is het probleem?</i>	51
	<i>Redeneerlijn en dragende principes</i>	53
	<i>Blijvende plaats voor de bestuurlijke boete</i>	54
	<i>Agenda</i>	55

Strafrecht als stelsel van samenwerking

Prof.mr. B.F. Keulen

1.	Inleiding	57
2.	Strafrecht en bestuurlijke boete	60
2.1	<i>De totstandkoming van het huidige stelsel</i>	60
2.2	<i>Criteria voor de keuze; een notitie en een nota</i>	62
2.3	<i>De Afdeling advisering van de Raad van State</i>	65
2.4	<i>Tot slot</i>	68
3.	Aanpassingen van het strafrecht	71
3.1	<i>Inleiding</i>	71
3.2	<i>Normering van sanctietoemeting</i>	72
3.3	<i>De verdeling van verantwoordelijkheden</i>	77
3.4	<i>Financiële aspecten</i>	81
3.5	<i>De efficiëntie van het strafprocesrecht</i>	83
3.6	<i>Concentratie van procedures</i>	87
3.7	<i>Tot slot</i>	90
4.	Non bis in idem beginsel, onschuldpresumptie, strafrecht en bestuursrecht	90
4.1	<i>Inleiding</i>	90
4.2	<i>Rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad</i>	91
4.3	<i>Non bis in idem en de inrichting van de rechtshandhaving</i>	94
4.4	<i>De ruimte voor regeling van sancties in het strafrecht</i>	97
4.5	<i>Regeling in het bestuursrecht</i>	100
4.6	<i>Tot slot</i>	105
5.	Slotbeschouwing	106
5.1	<i>Inleiding</i>	106
5.2	<i>De inrichting van het recht</i>	106
5.3	<i>Non bis in idem</i>	109
5.4	<i>De onschuldpresumptie</i>	112
5.5	<i>Slotopmerking</i>	114

Samenstelling begeleidingscommissie	115
Literatuurlijst	117

Woord vooraf

Bestuursrecht en strafrecht spelen beide bij de handhaving van rechtsregels een belangrijke rol. De verhouding tussen beide rechtsgebieden blijft daarbij onverminderd de aandacht vragen. Tegen deze achtergrond heeft de Directie Rechtshandhaving en Criminaliteitsbestrijding van het Ministerie van Veiligheid en Justitie ons uitgenodigd het onderhavige onderzoek uit te voeren.

Uit de offerteaanvraag blijkt dat de opdrachtgever een betrekkelijk fundamenteel onderzoek voor ogen heeft: 'Het betreft een onderzoek naar de punitieve handhaving in het algemeen. Het onderzoek dient de handhavingsopgave van de overheid centraal te stellen en te onderzoeken (A) welke mogelijkheden er zijn voor de inrichting van de handhaving in het algemeen en (B) op basis van welke principes/criteria de handhaving kan worden ingericht.' Uit het vervolg van de offerteaanvraag wordt duidelijk waar de directe relevantie van het onderzoek voor het beleid in ligt. Het door ons te verrichten onderzoek diende (onder meer) rekening te houden met '(h)et advies dat de Raad van State naar verwachting op korte termijn uitbrengt over de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving.'

Het was daarbij niet noodzakelijk dat wij met een gezamenlijk onderzoek zouden komen. Een verschil in benadering en het doordenken van de consequenties daarvan zou ook (en misschien wel juist) meerwaarde kunnen hebben voor de discussie waar dit onderzoek een rol bij zou kunnen spelen.

Tegen deze achtergrond is het onderhavige onderzoek uitgevoerd. Wij hebben elk een afzonderlijk stuk geschreven, met een eigen invalshoek, dat een bijdrage vormt aan een discussie waar velen eerder een bijdrage aan leverden. Een discussie die met het inmiddels verschenen ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State een nieuwe impuls heeft gekregen.

Naar volledigheid hebben wij daarbij afzonderlijk noch gezamenlijk gestreefd. Onze bijdragen geven geen volledig overzicht van de literatuur die over dit onderwerp bestaat, aan systematische externe rechtsvergelijking hebben wij niet gedaan, en wij kunnen niet garanderen dat alle aspecten van de verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht in één van beide bijdragen aan de orde komen. Voor een onderzoek van dergelijke omvang was geen tijd, maar het was naar onze indruk ook niet waar de opdrachtgever behoefte aan had. Liever twee stukken die in enkele uren te lezen zijn dan (in meer dan één opzicht) uitputtende verhandelingen. De begeleidingscommissie heeft ons bevestigd dat deze indruk juist was.

Wat wij wel hopen te hebben geschreven zijn twee betogen die van nut kunnen zijn bij de keuzes die na het ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en vervolgens de komende jaren voorliggen. Daarbij hebben wij veel gehad aan het commentaar van de begeleidingscommissie die door het Ministerie van Veiligheid en Justitie is samengesteld; graag zeggen wij de voorzitter en de leden daarvoor dank.

prof. mr. H.E. Bröring

prof. mr. B.F. Keulen

Eenheid en doelmatigheid van bestraffende procedures

Prof. mr. H.E. Bröring¹

1. Inleiding

Deze bijdrage gaat over de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke punitieve sancties. Welke mogelijkheden zijn er voor de inrichting van de bestraffende handhaving in het algemeen en op basis van welke principes en criteria kan de handhaving worden ingericht? Wanneer moet worden gekozen voor strafrechtelijke sancties, meer in het bijzonder de strafbeschikking, wanneer voor punitieve sancties in het bestuursrecht, meer in het bijzonder de bestuurlijke boete? Deze bijdrage dient aanknopingspunten op te leveren voor een strategische benadering van deze vragen. Daartoe worden drie stappen gezet.² In het eerste deel van het onderzoek wordt een meer algemene analyse gemaakt van de factoren die voor het keuzevraagstuk van belang zijn. Zo wordt in par. 2 aan de hand van beleidsdocumenten een samenvattend overzicht gegeven van indicatoren ten behoeve van de keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke punitieve sancties. Daarna, in par. 3, volgt een bespreking van het Advies van de Raad van State van 13 juli 2015, Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtsposities van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht (hierna: het Advies van de Raad van State).³ Het eerste deel eindigt met een tussenbeschouwing in par. 4. In het tweede deel wordt, tegen de achtergrond van deze analyse, nader ingegaan op een aantal punten van verschil tussen de strafbeschikking en de bestuurlijke boete. In het derde deel volgt een slotbeschouwing.

Deel I

2. Algemene indicatoren

Chronologische indeling

Hieronder worden zeer in het kort de verschillende criteria voor de keuze tussen strafrecht en bestraffend bestuursrecht weergegeven zoals deze uit de belangrijkste nota's over deze keuze naar voren komen.⁴ Gekeken wordt achtereenvolgens naar de (ruwweg) in de periode 1988-2008 geformuleerde indicatoren, de in het kader van de totstandkoming van de Wet OM-afdoening en de Vierde tranche van de Awb aangevoerde indicatoren, en de na deze wetgevingstrajecten vermelde indicatoren. De verschuiving in de loop der tijd van het gewicht van de genoemde criteria komt aan de orde in de volgende paragraaf, over het Advies van de Raad van State, dat kan worden gezien als reflectiekader van dit onderzoek.

¹ Hoogleraar integrale rechtsbeoefening Rijksuniversiteit Groningen. Hij dankt Attie Schout, rechtenstudent aan dezelfde universiteit, voor haar hulp bij het bronnenonderzoek.

² Met gebruikmaking van onder meer beleidsdocumenten, literatuur en jurisprudentie. In deze bijdrage worden lang niet alle relevante bronnen expliciet vermeld (daar was geen beginnen aan): alleen die bronnen worden aangehaald, die rechtstreeks in de lijn van het betoog passen (en ook dan is nog een verontschuldiging voor onvolledigheid op haar plaats).

³ Advies W03.15.0138/II, Stcrt. 2015, nr. 30280.

⁴ Zie voor een actueel overzicht ook Mein 2015, p. 43-100.

Ofschoon al eerder aandacht is gevraagd voor alternatieven voor strafrechtelijke handhaving, kan het rapport Rechtshandhaving uit 1988 van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) als startpunt voor de opkomst van de bestuurlijke boete worden genomen. In dit rapport wordt onderscheid gemaakt tussen regels van de sociale rechtsstaat en regels die betrekking hebben op de commune criminaliteit. Eerstgenoemde regels zijn volgens de WRR vaak complex, missen vaak een ethische lading en leiden daardoor tot calculerend gedrag van normadressaten. In plaats van versterking van de strafrechtelijke handhaving dient volgens de WRR al bij de ontwikkeling van regelgeving en beleid meer aandacht te bestaan voor de uitvoering en handhaving ervan. Hieruit komen *de alles-(regelgeving, uitvoering, handhaving)-in-één-handgedachte* en *het bestuurlijke primaat als keuzemotieven* voor de bestuurlijke boete naar voren, samen met *de materiedeskundigheid* van het bestuur (gezien de complexiteit van de regels) en *het ontbreken van een ethische lading*. Voor het strafrecht is er een restfunctie, wat wijst op diens karakter van *ultimum remedium*. De bevindingen van de WRR keren terug in de nota's Recht in beweging, Zicht op wetgeving en Met vaste hand.⁵ De opkomst van de sociale rechtsstaat heeft geresulteerd in een grote hoeveelheid instrumentele wetgeving aan de handhaving waarvan het strafrecht niet toekomt, aldus deze nota's. Naleving wordt in de samenleving in steeds mindere mate als een rechtsplicht ervaren. Er wordt een *handhavingstekort* waargenomen. Een oplossing wordt verwacht van de alles-in-één-handbenadering, met het strafrecht als *ultimum remedium*.

Tegen de achtergrond van de aannahme van een handhavingstekort verschijnt in 1994 het rapport Handhaving door bestuurlijke boeten uit 1994, van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW, Cie. Kortmann). Dit rapport, dat als vliegwieltje voor de invoering van deze sanctie kan worden beschouwd,⁶ geeft een uitvoerige reeks criteria voor de keuze voor de bestuurlijke boete. In aansluiting op het door de WRR genoemde aspect van de ethische lading wordt opgemerkt dat de bestuurlijke boete alleen in aanmerking komt wanneer er *geen letsel aan personen of schade aan goederen* is en *geen betrokkenheid van een criminele organisatie* bestaat. In samenhang met het aspect van geen (of een geringe) normatieve lading heeft de bestuurlijke boete *decriminalisering* als voordeel.⁷ Andere indicaties voor de bestuurlijke boete zijn dat *de geschonden norm duidelijk is* en *de overtreding ervan gemakkelijk is vast te stellen*, dat in samenhang hiermee *geen vrijheidsbeneming of andere dwangmiddelen* noodzakelijk zijn, wanneer gewerkt kan worden met *vaste tarieven* en wanneer *documentatie van recidive niet noodzakelijk* is. Met het oog op de bestuurlijke boete knoopt de Cie. Kortmann met andere woorden nadrukkelijk aan bij doelmatigheidsaspecten als eenvoud, standaardisatie en afwezigheid van rompslomp. Verder zegt de Cie. Kortmann sterk te hechten aan *transparantie en consistentie van het sanctiestelsel als geheel*. Het kabinetsstandpunt van 1 juli 1994 naar aanleiding van het CTW-advies onderschrijft dit advies.⁸ Naar de mening van de regering is van belang dat de handhaving integraal onderdeel vormt van de voorbereiding van regels en dat het bestuur

⁵ Kamerstukken II 1989/90, 21 829, nr. 2, Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, resp. Kamerstukken II 1990/91, 22 045, nr. 2. Zie voorts de notitie Strafvordering in balans, Stand van wetgeving ter herziening van het Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 1993/94, 23 672, nr. 1.

⁶ Voordien kwam de bestuurlijke boete vrijwel alleen voor op het terrein van het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht. Verder was per 1 september 1990 resp. 1 juli 1992 de administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv, Lex Mulder) ingevoerd.

⁷ Strikt genomen, kan het begrip decriminalisering alleen worden gebruikt waar de bestuurlijke boete is ingevoerd ter vervanging van strafrechtelijke sanctionering. Het begrip wordt echter ook gehanteerd waar de bestuurlijke boete is ingevoerd in aanvulling op het strafrecht.

⁸ Kamerstukken II 1993/94 23 400 VI, nr. 48.

primaire verantwoordelijkheid draagt voor de handhaving van de eigen regels, dat het bestuur bij uitstek de deskundigheid en ervaring heeft om de eigen regels op efficiënte wijze te handhaven en dat de bestuurlijke boete een zinvolle aanvulling is op het strafrecht, dat 'bij voorkeur dient te worden ingezet voor meer ernstige inbreuken op regels die elementaire belangen beschermen.'⁹

In het in 1995 verschenen rapport Het recht ten uitvoer gelegd, Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving, van de Commissie Heroverweging instrumentarium handhaving (Cie. Korthals Altes) wordt geconcludeerd dat op het terrein van het orderingsrecht bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving doelmatiger kunnen zijn dan strafrechtelijke handhaving. In het rapport wordt gesignaleerd dat echter nog onvoldoende zicht bestaat op de omvang van het veronderstelde handhavingstekort. Tegen deze achtergrond is de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (Cie. Michiels) aan de slag gegaan, die in 1998 haar rapport Handhaven op niveau het licht deed zien. In laatstgenoemd rapport wordt meer aandacht gevraagd voor explicitering van het gewenste handavingsniveau. Voorts wordt er meer ruimte gezien voor de invoering van de bestuurlijke boete. Dit zou echter niet moeten leiden tot uitsluiting van het strafrecht. Bepleit wordt juist samenwerking tussen bestuurlijke en justitiële autoriteiten.¹⁰ Dat vergt echter wel het loslaten van stereotype denkbeelden over en weer. Hoewel de samenwerking tussen bestuurlijke en justitiële autoriteiten zelf niet als criterium voor de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving kan worden aangemerkt, zal *het (gebrek aan) succes van deze samenwerking* wel op deze keuze van invloed zijn, zo kan uit het rapport van de Cie. Michiels worden opgemaakt. Het is dit aspect van samenwerking dat in het Kabinetsstandpunt van 18 april 2000 naar aanleiding van dit rapport verhoudingsgewijs veel aandacht krijgt. De regering onderschrijft 'dat er geen grote veranderingen nodig zijn in de taakverdeling tussen bestuur en justitiële organen. Niet de scheiding, maar de samenwerking moet in deze relatie centraal staan.'¹¹

Het aspect van de samenwerking vormt de spil van het in 2008 verschenen rapport De tijd is rijp, van de commissie Herziening Handhavingstelsel VROM-regelgeving (Cie. Mans). In dit rapport wordt voor het terrein van het omgevingsrecht gepleit voor schaalvergroting door middel van de vorming van regionale omgevings- of uitvoeringsdiensten (RUD's) en meer samenwerking tussen bestuurlijke en justitiële autoriteiten. De RUD's zouden ook aan deze samenwerking kunnen bijdragen. Daarbij is van betekenis dat overleg en afstemming met honderden decentrale bestuursorganen voor het OM moeilijk haalbaar is, maar overleg en afstemming met een beperkt aantal RUD's wel werkbaar is.

Wet OM-afdoening

Met de invoering van de Wet OM-afdoening (i.w.tr. 1 maart 2007) is de verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht in een nieuw daglicht komen te staan.¹² Met de strafbeschikking (art. 257a Sv) is in het strafrecht, net als met de bestuurlijke boete in het bestuursrecht, de mogelijkheid ontstaan tot (niet-consensuele) schuldvaststelling en bestraffing door een niet-rechterlijke instantie. Met de bestuurlijke strafbeschikking (art. 257ba Sv) is er zelfs de figuur ontstaan van een in het strafrecht

⁹ Kabinetsstandpunt CTW-advies, p. 7.

¹⁰ Toegespitst op het milieurecht eerder Blomberg en Michiels 1997. In hun rapport worden, uitgaande van het primaat van het bestuur, een ondersteunende, aanvullende en plaatsvervangende rol voor het OM onderscheiden (p. 328).

¹¹ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 800, VI, nr. 67.

¹² Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten (Wet OM-afdoening), *Kamerstukken II* 2005/06, 29 849, nr. 2.

ingebodde “bestuurlijke boete”. Met het oog op de mogelijkheid van de (bestuurlijke) strafbeschikking wordt in de Brief van de minister van Justitie van 8 november 2005 nader op de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving ingegaan.¹³ Na een overzicht van indicatoren voor de keuze tussen privaatrechtelijke of publiekrechtelijk handhaving (1.) worden in deze Brief voor de keuze tussen de twee publiekrechtelijke handhavingswijzen de volgende indicatoren gegeven.¹⁴

2. De gewenste sancties.
Strafrecht in geval van vrijheidsbenemende of -beperkende straf of maatregel. Strafrecht in geval van nieuwe (alternatieve) punitieve sancties; bestuursrecht in geval van nieuwe reparatoire sancties. Dit laatst kan uitzondering lijden wanneer sprake is van zodanige verwevenheid met het strafrecht dat bij dit rechtsgebied moet worden aangesloten. Denk aan schadevergoeding en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Strafrecht wanneer de overtreding met geweldstoepassing of letsel gepaard gaat, waarbij relevantie heeft dat strafrecht een stelsel van schadevergoeding kent.
3. De ernst van de normovertreding.
Strafrecht in geval van ernstige normschendingen, waarbij ook kan worden gedacht aan recidive en de intentie waarmee de normschending werd begaan. Strafrecht in geval van behoefte aan openbare berechting (anders dan in het bestuursrecht op dit punt geen afhankelijkheid van de wil van de overtreder). Strafrecht wanneer plaatselijke verschillen in handhaving ongewenst zijn (rechtsgelijkheid).
4. De behoefte aan bevoegdheden.
Strafrecht wanneer ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden nodig kunnen zijn. Te denken valt aan voorlopige hechtenis, doorzoeking in een woning en aftappen of opnemen van communicatie. Eveneens strafrecht wanneer politie en justitie vaak bij het onderzoek moeten worden ingeschakeld in verband met dreigende overtreding van 184 Sr (niet opvolgen ambtelijk bevel). Bestuursrecht wanneer het voorgaande niet aan de orde is en doorgaans niet de stap naar de rechter wordt gezet om een oordeel over de opgelegde sanctie en daarvoor gebruikte onderzoeksbevoegdheden te verkrijgen.
5. De inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering.
Wanneer materiedeskundigheid en menskracht dat vergen, kan gekozen worden voor bestuursrechtelijke handhaving wanneer er – zie boven – geen indicatoren ten faveure van strafrechtelijke handhaving bestaan. Zijn dergelijke indicatoren er wel, dan kan toch worden gekozen voor de inzet van bestuursorganen. Dan zijn er twee mogelijkheden. In de eerste plaats kunnen ambtenaren van het bestuursorgaan worden aangewezen als buitengewoon opsporingsambtenaar (art. 142 Sv), eventueel bekleed met de bevoegdheid tot het uitvaardigen van een politiestrafbeschikking (art. 257b Sr). Deze optie staat open wanneer in concrete situaties betrokkenheid van het OM wenselijk is en er geen redenen zijn voor (beperkte) beleidsruimte voor het bestuursorgaan. In de tweede plaats kan het bestuursorgaan zelf voor bepaalde soorten feiten worden bekleed met de bevoegdheid tot het uitvaardigen van een strafbeschikking (art. 275ba Sv). Daarbij moet worden nagegaan of al dan niet toezicht door het OM is geïndiceerd.

Aandacht trekt dat nadrukkelijk wordt gewezen op de mogelijkheid om in het kader van het strafrecht reparatoire sancties op te leggen (2.). Nieuw zijn de mogelijkheid van de door een (in wetgeving of) door een bestuursorgaan aangewezen toezichthouder uit te vaardigen politiestrafbeschikking en de mogelijkheid van de bestuurlijke strafbeschikking (5.). Laatstgenoemde mogelijkheid wordt afhankelijk gesteld van de wenselijkheid van toezicht door het OM, waarbij mede wordt gedacht aan het aspect van de rechtsgelijkheid bij bestraffing. Nieuw is voorts het criterium of vaak de rechtsgang naar de rechter zal worden gemaakt (4.).

¹³ Kamerstukken II 2005/06, 29 849, nr. 30.

¹⁴ Citering en parafrasering.

In de Memorie van Toelichting bij de Vierde tranche Awb (i.w.tr. 1 juli 2009), die voorziet in algemene bepalingen over de bestuurlijke boete, wordt expliciet voortgeborduurd op het CTW-advies en bijbehorend kabinetsstandpunt.¹⁵ Redenen voor invoering van de bestuurlijke boete zijn, aldus de regering in haar Memorie van Toelichting bij de Awb-bepalingen over deze bestuurlijke sanctie, ten eerste het in één hand brengen van uitvoering en handhaving, *en van reparatoire en punitieve handhaving* (in handhavingsarrangementen), ten tweede de vereiste specialistische deskundigheid (terwijl het gezien de kleine aantallen zaken niet lonend is deze deskundigheid in het strafrecht op te bouwen) en ten derde de geringe ernst van de overtredingen (die de inzet van strafrecht niet rechtvaardigt). Verder worden voor de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke punitieve handhaving de volgende indicatoren genoemd:¹⁶

- a. Zijn voor een adequate handhaving vrijheidsstraffen nodig, dan moet gekozen worden voor het strafrecht.
- b. Naarmate de te handhaven norm meer aansluit bij in de maatschappij levende fundamentele waarden, komt strafrechtelijke handhaving eerder in aanmerking. In samenhang hiermee wijst een behoefte aan openbare berechting in de richting van het strafrecht.
- c. Overtredingen die regelmatig tot individuele letsel of schade leiden, dienen strafrechtelijk te worden afgedaan.
- d. Wanneer vrijheidsbenemende of andere ingrijpende dwangmiddelen nodig zijn, is dat een indicatie voor toepassing van het strafrecht.
- e. Een indicatie voor de bestuurlijke boete is wanneer verwacht mag worden dat in de meeste gevallen geen beroep bij de rechter zal worden ingesteld.
- f. Als veelvuldig strafrechtelijke middelen c.q. politie en justitie moeten worden ingezet, bijvoorbeeld wegens het niet opvolgen van een ambtelijk bevel, is dat een indicatie voor toepassing van het strafrecht.
- g. Als specialistische deskundigheid is vereist, kan dat een argument vormen om het bestuursorgaan met de handhaving te belasten. Dit betekent dat niet alleen “eenvoudige normen” voor bestuursrechtelijke handhaving in aanmerking komen.
- h. Wanneer plaatselijke verschillen in handhaving ongewenst zijn of de plaatselijke situatie niet relevant is voor de handhaving, is bestuursrechtelijke handhaving door decentrale bestuursorganen niet aangewezen.
- i. Indien bij de handhaving regelmatig een algemeen leerstuk of rechtsinstrument moet worden toegepast dat specifiek op één van beide rechtsgebieden is uitgewerkt, is dat een indicatie om de handhaving in dat rechtsgebied onder te brengen. Zo pleit het regelmatig moeten samenwerken met buitenlandse autoriteiten voor de inzet van het strafrecht, dat het instrument kent van internationale rechtshulp.

Ook hier wordt als criterium genoemd of vaak de rechtsgang naar de rechter zal worden gemaakt (e.). Min of meer nieuw maar niet verrassend is het voorbeeld-criterium *of behoefte is aan internationale rechtshulp* (i.).¹⁷ Opvallend zijn *het verlaten van* de opvatting dat bestuurlijke boetes alleen geschikt zijn voor de handhaving van ‘eenvoudige normen’ (g.) en het benoemen van *de rechtsgelijkheid in de handhaving* (h.).

¹⁵ *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 117-118.* De Cie. Michiels werd ingesteld naar aanleiding van het in 1996 verschenen kabinetsstandpunt over de bevindingen van de Cie. Korthals Altes (*Kamerstukken II 1995/96, 24 802, nr. 2*).

¹⁶ Citering en parafrasering. *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 118-119.*

¹⁷ Minder duidelijk is wat met het gestelde onder i. in het algemeen wordt bedoeld. Strafrechtelijke leerstukken zijn immers in ruime mate relevant voor de bestuurlijke boete. Wie reeds daarin een contra-indicatie voor de bestuurlijke boete ziet, zal zich keren tegen de bestuurlijke boete in het algemeen.

In verband met de invoering van de Wet OM-afdoening en de Awb-regeling voor bestuurlijke boetes verscheen op 31 oktober 2009 de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel.¹⁸ Zij is uitgebracht na toezeggingen daartoe bij de behandeling van de wetsvoorstellen Wet bestuurlijke boete overlast en Wet bestuurlijke boete fout parkeren. In de nota worden de eerder genoemde criteria voor de keuze tussen strafrechtelijke en bestuurlijke bestraffende handhaving herhaald, terwijl tevens melding wordt gemaakt van het verschil tussen beide stelsels op het punt van *de bestemming van de opbrengst* van de geldboete (wat zich bij beide wetsvoorstellen als een cruciaal punt had aangediend).¹⁹ De meeste aandacht trekt de nota in verband met het daarin gemaakte onderscheid tussen een *open context*, met het primaat voor strafrechtelijke handhaving, en een *besloten context*, met een primaat voor bestuurlijke bestraffende handhaving:

‘Kenmerkend voor een besloten context is:

- a) het bestaan van een gespecialiseerd bestuursorgaan dat met de uitvoering van zekere wetten is belast, en uit dien hoofde te maken heeft met een afgebakende groep;
 - b) dat tussen dat orgaan en de doelgroep verbindingen zijn (vaak is er ook communicatie tussen beide) ter uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen.
- Indien niet aan beide voorwaarden is voldaan, is er sprake van een open context: een niet of niet duidelijk afgebakende groep en het ontbreken van rechtstreekse verbindingen.’

Het onderscheid tussen een besloten en een open context wordt door de regering niet als absoluut gepresenteerd. Een nadere relativisering vindt plaats in de Kabinetsnota van 17 december 2012,²⁰ naar aanleiding van het in 2012 verschenen onderzoek Referentiekader geldboetes (waarin wordt geconcludeerd dat in het bestuursrecht en het strafrecht dezelfde factoren voor straftoemeting een rol spelen, maar er desondanks vaak zonder dat daarvoor voldoende reden is tussen beide rechtsgebieden zeer aanzienlijke verschillen op het punt van de hoogte van de geldboetes bestaan).²¹

Aanvulling

Bovenstaand overzicht van criteria voor de keuze tussen strafrechtelijke of bestuurlijke bestraffende handhaving berust op de belangrijkste (beleids)documenten over deze keuze. Het overzicht is niet volledig (zo is er nog het aspect van de inning van geldboetes). Hetzelfde geldt a fortiori voor de waardering van de genoemde indicatoren: deze worden in de – hierboven onbesproken gebleven – wetenschappelijke literatuur uiteenlopend beoordeeld.²²

Op deze plaats wordt voor wat betreft deze literatuur volstaan met de opmerking dat daarin opvallend meer dan in genoemde (beleids)documenten aandacht wordt geschonken aan het aspect van

¹⁸ *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 700 VI, 69, nr. D.
<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2008/10/31/kabinetsnota-over-de-uitgangspunten-bij-de-keuze-van-een-sanctiestelsel-12081>.

¹⁹ Hoe relevant het financiële aspect wordt gevonden, blijkt uit het belang dat wordt gehecht aan de vergoeding voor het bestuur in het kader van de strafbeschikking. Zie Flight, Hartmann en Nauta 2012.

²⁰ Beleidsreactie kabinet <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rechtspraak-en-geschiedenis/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/12/19/kabinetsnota-over-de-uitgangspunten-bij-de-keuze-van-een-sanctiestelsel-onderzoek-referentiekader-geldboetes.html>.

²¹ Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2012.

²² Zie voor een overzicht Mein 2015, p. 43-100.

de *rechtsbescherming*. Over dit aspect wordt in de loop van de tijd verschillend gedacht. Aanvankelijk werden regelmatig aarzelingen geuit over de kwaliteit van de rechtsbescherming in geval van bestuurlijke boetes: de strafrechtelijke waarborgen werden in het algemeen van een hoger niveau beschouwd.²³ Later heerste het beeld dat in termen van rechtsbescherming strafrecht en bestuursrecht hun eigen voor- en nadelen hebben.²⁴

Medio 2014 lijkt de bestuurlijke boete wat betreft het gehalte van de rechtsbescherming vrij algemeen aanvaard. Illustratief is de stemming op de VAR-jaarvergadering van 2014,²⁵ waar door de overgrote meerderheid werd uitgesproken dat het bestuursrecht wat betreft de rechtsbescherming niet onderdoet voor het strafrecht en op onderdelen, bijvoorbeeld op het punt van gelijke behandeling en de motivering van beslissingen, zelfs beter scoort.²⁶ Tekenend in dit verband is het in 2014 tot stand gekomen rapport Beschikt en gewogen, van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad, waarin wordt gewezen op diverse feilen bij het uitvaardigen van strafbeschikkingen. Kortom, de sfeer rond de bestuurlijke boete is in 2014, althans in bestuursrechtelijke kring, bepaald positief. Hierbij moet worden aangetekend dat de vergadering vrijwel geheel ging over de waarborgen zoals die uit het algemeen deel van het bestuursrecht voortvloeien en hoe de rechter met die waarborgen omgaat. Recente ontwikkelingen in de wetgeving, zoals met name de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (Fraudewet), worden in de bestuursrechtelijke wetenschap juist zeer kritisch ontvangen.²⁷

3. Het Advies van de Raad van State

Herijking

Dat de Raad van State in de zomer van 2015 ongevraagd zijn Advies over de rechtsbescherming van de burger in het strafrecht en bestuursrecht heeft uitgebracht, met – afgaande op het persbericht – als hoofdconclusie dat in geval van bestuurlijke boetes de rechtsbescherming van de burger meer aandacht vergt, is opmerkelijk.²⁸ Niet alleen zijn ongevraagde adviezen van de Raad van State hoogst uitzonderlijk. Ook leek de bestuurlijke boete, zoals zojuist werd geconstateerd, amper nog omstreden te zijn, ten minste waar het gaat om het gehalte van de rechtsbescherming.

De Raad van State geeft zelf niet expliciet aan waarom hij zijn (ongevraagde) advies heeft uitgebracht. Misschien heeft hij tegenwicht willen bieden aan al te positieve geluiden – juist op het punt van de rechtsbescherming – over de bestuurlijke boete (zoals die een jaar eerder op de VAR-vergadering waren te beluisteren).²⁹ Intussen zijn speculaties weinig zinvol: per slot van rekening moet de inhoud van het advies het verschijnen van het advies rechtvaardigen.

²³ O.a. Albers 2002 en een latere publicaties van haar hand, waaronder haar VAR-preadvies van 2014.

²⁴ Bröring en Jurgens 2006.

²⁵ Deze vergadering behandelde de preadviezen van Albers, Van Emmerik & Saris en Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (Preadviezen VAR 2014).

²⁶ Aangetekend wordt dat Albers in haar preadvies (2014) en andere geschriften consequent heeft bestreden dat het bestuurlijkeboeterecht voldoende waarborgen kent.

²⁷ Zie bijvoorbeeld Fluit 2015.

²⁸ Kopje van het door de Raad van State zelf opgestelde persbericht: 'Meer aandacht nodig voor rechtsbescherming burger bij bestuurlijke boetes'. https://www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=774&summary_only=&category_id=8.

²⁹ Waarbij aandacht verdient dat de Raad van State zijn pijlen vooral richt op wettelijke verschillen tussen bestuursrecht en strafrecht.

Het Advies van de Raad van State gaat over de bestuurlijke boete in vergelijking met het strafrecht, en dus niet over het bestraffende bestuursrecht meer in het algemeen. Deze restrictie brengt mee dat de intrekking van vergunningen, naming and shaming en andere maatregelen die mogelijkwerwijs een bestraffend karakter hebben buiten beschouwing zijn gelaten, ofschoon ook hier belangrijke vragen spelen. In par. 9 wordt overigens kort aandacht besteed aan deze andere maatregelen.

Een van de grote verdiensten van het Advies van de Raad van State is dat daarin helder onder woorden wordt gebracht dat bepaalde indicatoren voor de keuze tussen bestraffend bestuursrecht en strafrecht zijn achterhaald (zo zij indertijd al realiteitswaarde hadden). Even belangrijk is de constatering dat andere indicatoren, zoals de behoefte aan vrijheidsbenemende of -beperkende maatregelen of aanwezigheid van door de overtreding veroorzaakte letsel of schade, niets aan betekenis hebben verloren. Zulke indicatoren, die eenduidig in de richting van het strafrecht wijzen, blijven hieronder goeddeels buiten beschouwing.

Achterhaalde indicatoren en nog bestaande verschillen

Het Advies van de Raad van State is vooral van belang waar het duidelijk maakt dat sommige oude indicatoren voor de keuze tussen strafrecht en bestuurlijke boete hun betekenis hebben verloren. Dit geldt in de eerste plaats het criterium van *de aard en ernst* van de normschending. In samenhang daarmee is volgens de Raad van State ook het criterium mate van *moreel gehalte* van de geschonden norm onvoldoende onderscheidend. Onvoldoende onderscheidend volgens hem is voorts *de zwaarte van de sanctie*: in het bestuursrecht kunnen boetes worden opgelegd die voor de strafrechtelijke boetes niet onderdoen en deze regelmatig zelfs te boven gaan. Idem, aldus de Raad van State, het onderscheid tussen *een besloten en een open context*. Deze en andere relativeringen, zoals de aantekening dat bestuurlijke boetes niet uitsluitend betrekking hebben op eenvoudig vast te stellen overtredingen, waren al eerder geplaats.³⁰

Evenmin nieuw is de constatering door de Raad van State dat bepaalde indicatoren voor de keuze tussen strafrecht en bestuurlijke boete hun betekenis verloren als gevolg van de invoering van de (bestuurlijke!) strafbeschikking (257ba Sv).³¹ De Raad van State specificeert zijn constatering door te wijzen op de afnemende relevantie van een drietal indicatoren ten gunste van de bestuurlijke boete: de versterking van de *eigen verantwoordelijkheid* van het bestuur (uitvoering en handhaving in één hand), de *completering* van het bestuurlijk handavingsinstrumentarium en de *materiedeskundigheid* het bestuur.

Tegen deze achtergrond komt de Raad van State tot een inventarisatie van verschillen tussen bestuursrecht (bestuurlijke boete) en strafrecht (strafbeschikking) op het punt van *straftoemeting en bewijsvoering* (mede in verband met de niet (strafrecht) of wel (bestuursrecht) besluitentoezende rechter), *griffierechten* (niet in het strafrecht, wel in het bestuursrecht), *schorsende werking van rechtsmiddelen* (wel in het strafrecht, niet in het bestuursrecht), *verjaring* (verschil in termijn), de *hoorplicht* (in het bestuursrecht op dit punt lagere boetegrens dan in het strafrecht), *rechtsbijstand* (in het strafrecht soms verplicht, in het bestuursrecht nooit verplicht), de *beroepstermijn* (verschil in termijn) en *justitiële documentatie* (wel in het strafrecht, niet in het bestuursrecht).³² Het valt op dat

³⁰ Zie o.a. Mein 2015, p. 43-100, en de daar vermelde literatuur.

³¹ Zie o.a. Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015.

³² Zie vooral de Bijlage bij het Advies van de Raad van State.

deze verschillen voor het overgrote deel wettelijke verschillen zijn. Zie voor een nadere bespreking met name par. 8.

Behoud van de bestuurlijke boete op ruime schaal, maar wel meer rechtseenheid

De Raad van State verbindt aan het wegvallen van bepaalde redenen voor de keuze voor de bestuurlijke boete niet de consequentie dat ‘het punitieve bestuursrecht zich opnieuw zou moeten beperken tot de veel voorkomende, relatief eenvoudige en lichte feiten.’ Want: ‘Het bestuursrecht heeft zich op veel terreinen van ordeningswetgeving bewezen en een terugkeer naar de situatie van begin jaren negentig is niet realistisch.’ In plaats van een dergelijke terugkeer zoekt de Raad van State de oplossing in een betere afstemming (in de zin van meer eenheid) tussen strafrecht en bestuursrecht: beide rechtsgebieden zouden meer naar elkaar toe moeten groeien.³³ Daarbij heeft hij – zie hierboven – vooral een aantal wettelijke maatregelen voor ogen. Ofschoon met de Raad van State kan worden onderkend dat de redenen voor de keuze voor minimum waarborgen in de Awb niet meer onverkort opgaan,³⁴ is hiermee niet gezegd dat de straf(proces)rechtelijke wetgeving leidend moet zijn. Wel zou als basisgedachte moeten gelden dat bestuurlijkeboeterecht in materieel opzicht strafrecht is, en dat grondslagen en leerstukken van materieel strafrecht dus leidend behoren te zijn. De Raad van State lijkt dit punt in het midden te laten.

Aard en ernst van de overtreding, moreel gehalte

Juist is de waarneming van de Raad van State dat de criteria aard en ernst van de normschending en moreel gehalte onvoldoende soelaas bieden om tot een duidelijke afbakening tussen bestuursrecht en strafrecht te komen. Hierbij vormt een verklaring dat bestuursrecht en strafrecht beogen soortgelijke rechtsgoederen te beschermen, bijvoorbeeld lichamelijke integriteit en gezondheid (in het bestuursrecht: milieurecht, arbeidsomstandighedenrecht). Vroegere suggesties als zouden de te handhaven bestuursrechtelijke normen doorgaans geen of een geringe normatieve lading hebben, is zelfs voor secundaire (administratieve) verplichtingen zoals de inlichtingenplicht in het sociale zekerheidsrecht of de aangifteverplichting in het belastingrecht moeilijk te begrijpen: niet alleen worden sociale en fiscale fraude als moreel verwerpelijk gezien maar ook, zij het in mindere mate, de (secundaire) verplichting om ten behoeve van uitkeringen of belastingen volledige en correcte informatie te verstrekken. In het kader van de desbetreffende bijzondere wetgeving is ook nooit anders betoogd (in tegendeel). Iets anders is dat in de subjectieve beleving van overtreders bestuurlijke bestraffing minder erg is dan een strafrechtelijke sanctie: dan spelen andere factoren een rol, zoals openbare berechting, het aanzien van de strafrechter en justitiële documentatie.

In samenhang met het voorgaande punt is ook het onderscheid tussen instrumentele wetgeving (bestuursrecht) en normatieve wetgeving (strafrecht) weinig geslaagd.³⁵ Wie meent dat sancties een instrument zijn ter bescherming van rechtsgoederen en ter vergelding en (generale of specifieke) preventie, kan niet anders concluderen dan dat zowel het bestraffende bestuursrecht als het strafrecht

³³ In de Bijlage bij zijn Advies doet de Raad van State daartoe concrete suggesties.

³⁴ Het Advies van de Raad van State, p. 7.

³⁵ Zie ook par. 2, waar aandacht wordt besteed aan het in het WRR-rapport gemaakte onderscheid tussen regels van de sociale rechtsstaat en regels over commune criminaliteit, en hetgeen in de nota's Recht in beweging, Zicht op wetgeving en Met vaste hand wordt opgemerkt over instrumentele wetgeving en het strafrecht als ultimum remedium.

een instrumenteel karakter heeft. Uiteindelijk kunnen alle elementen van het recht in termen van doelen en middelen worden geformuleerd. In elk geval is er op dit punt geen principieel verschil tussen het bestraffende bestuursrecht en het strafrecht. Dat veel feiten zowel een beboetbaar feit (bestuursrecht) als een strafbaar feit (strafrecht) behelzen, bevestigt dit. Dit neemt niet weg dat waar in verband met de ernst van de gedraging vrijheidsstraffen in beeld komen en openbare berechting is aangewezen alleen plaats is voor strafrechtelijke afdoening.

Iets anders is dat er zowel normatieve als doelmatigheidsargumenten kunnen zijn om te kiezen voor het ene dan wel het andere sanctiestelsel.³⁶ Een normatief argument is dat alleen de rechter vrijheidsbenemende of -beperkende maatregelen mag nemen. Bij de doelmatigheidsargumenten gaat het om overwegingen van effectiviteit en efficiëntie. Deze doelmatigheidsoverwegingen zijn overigens niet geheel los van normatieve overwegingen te beschouwen, in aanmerking genomen dat naleving van voorschriften in een democratische rechtsstaat geen vrijblijvende zaak is en door de burgers opgebrachte publieke middelen schaars zijn.

Zwaarte van de sanctie

Juist is ook de waarneming van de Raad van State dat bestuurlijke boetes lang niet altijd lichte sancties vormen. Voor de boetes op het terrein van bijvoorbeeld het financieel bestuursrecht en het mededingingsrecht is dat gezien de daar geldende boetemaxima evident. Idem waar het bijvoorbeeld gaat om de Wet arbeid vreemdelingen. Maar ook op het terrein van bijvoorbeeld de sociale zekerheid is, in relatief opzicht, sprake van hoge boetes. Sterker nog, op bepaalde gebieden zijn de sancties in het bestuursrecht zwaarder dan in het strafrecht. Hier ligt een belangrijk probleem, waarvoor de Raad van State terecht bijzondere aandacht vraagt.

Niet alleen benoemt de Raad van State de onbalans in sanctiezwaarte tussen strafrecht en bestuursrecht en adviseert hij 'tot eenheid van uitgangspunten voor de bepaling van de hoogte van boetes.'³⁷ Hij geeft bovendien aan dat de kabinetsreactie op het rapport Referentiekader geldboetes, waarin de regering oplossingen zoekt in de vorm van aanpassing van de Aanwijzingen voor de regelgeving en het Integraal Afwegingskader, niet ver genoeg gaat. Volgens de Raad van State is hier meer regie nodig 'die, voor zover de hoogte van boetes bij wetgeving in formele of materiële zin worden bepaald, van het ministerie van Veiligheid en Justitie zou moeten uitgaan.' Gegeven enerzijds de hardnekkige tradities per departement (padaafhankelijkheid) waar het gaat om de bepaling van de boetehoogte en anderzijds de wenselijkheid, zowel uit normatief als doelmatigheidsoogpunt, van eenheid van het sanctiestelsel als geheel, is deze regiefunctie uiterst relevant.

Dit is de afgelopen maanden nadrukkelijk aan het daglicht gekomen. Gedacht kan worden aan het alcoholslotprogramma.³⁸ In kwantitatief opzicht veel belangrijker is de in bijzondere wetgeving waar te nemen tendens van steeds hogere boetes. Deze ontwikkeling komt speciaal tot uiting in de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving. Niet alleen kende deze Fraudewet ondeugdelijk overgangsrecht (a prima vista). Ook zijn de boetes zodanig verhoogd dat, in een vergelijking met het strafrecht, geconcludeerd moet worden dat het sanctiestelsel als geheel uit het lood is geslagen. Het is vervolgens de bestuursrechter geweest, die met ingrijpende jurisprudentie heeft getracht – en tracht – tot evenredige boetes te komen.

³⁶ Zie onder o.a. Mein 2015, p. 43-72, die doelmatigheid echter met instrumentaliteit lijkt te vereenzelvigen.

³⁷ Het Advies van de Raad van State, p. 9. Idem reeds, zie par. 2, Cie. Kortmann, waarin sterk wordt gehecht aan transparantie en consistentie van het sanctiestelsel als geheel.

³⁸ HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, en ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

Zie op het terrein van de Werkloosheidswet CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754. In deze baanbrekende uitspraak constateert de Centrale Raad dat de wetgever bij de Fraudewet weliswaar een repressieve aanpak voorstond, maar ook een onbalans tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke afdoening heeft willen voorkomen (Kamerstukken II 2011/12, 33 207, p. 4, 5, 6 en 13). ‘Voor strafrechtelijke beboeting van fraude met socialezekerheidsuitkeringen en -toeslagen op grond van artikel 227a of artikel 227b van het Wetboek van Strafrecht is het kunnen aantonen van opzet essentieel. Het opzettelijk niet naar waarheid gegevens verstrekken of het opzettelijk nalaten tijdig gegevens te verstrekken wordt als misdrijf gekwalificeerd en met veel zwaardere straffen bedreigd dan wanneer het gaat om overtredingen die strafbaar zijn gesteld in artikel 447c of artikel 447d van het Wetboek van Strafrecht (verstrekken van onware gegevens voor uitkering of nalaten tijdig gegevens te verstrekken). Daarvoor geldt het vereiste van opzet niet. Voor de genoemde opzetsdelicten is bestraffing mogelijk met een geldboete van de vijfde categorie en voor de andere delicten is dat een geldboete van de derde categorie, bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht.’ Verder constateert de Centrale Raad dat bij bestuursrechtelijke beboeting van fraude met toeslagen in het kader van inkomensafhankelijke regelingen onderscheid wordt gemaakt tussen verzuimen en vergrijpen. Gelet op het voorgaande ligt het volgens de Centrale Raad ‘in de rede om alleen ten aanzien van overtreders, aan wie vanaf 1 januari 2013 opzettelijk handelen of opzettelijk nalaten in strijd met de inlichtingenverplichting kan worden verweten, 100% van het benadelingsbedrag in artikel 2 van Boetebesluit socialezekerheidswetten als uitgangspunt te nemen bij de afstemming op het aspect van de verwijtbaarheid. [...] Is er geen sprake van opzet maar wel van grove schuld bij overtreders, dan is de verwijtbaarheid minder groot en is 75% van dat bedrag een passend uitgangspunt. Is er geen sprake van opzet en ook niet van grove schuld, dan is 50% van het benadelingsbedrag een passend uitgangspunt bij de afstemming op het aspect verwijtbaarheid van overtreders. [...] Bij de afstemming op het aspect van verwijtbaarheid zal ten slotte moeten worden gezien of, en zo ja, op grond van een van de criteria genoemd in artikel 2a van het Boetebesluit socialezekerheidswetten of om een andere reden sprake is van verminderde verwijtbaarheid. Dan is de mate van verwijtbaarheid beperkt en 25% van het benadelingsbedrag een passend uitgangspunt bij de afstemming op het aspect verwijtbaarheid.’

Het bijzondere van deze uitspraak – en latere jurisprudentie op onder meer het terrein van de Participatiewet³⁹ – is dat de Centrale Raad in het kader van het impliciete element verwijtbaarheid een aan het strafrecht ontleende verfijning aanbrengt (opzet, grove schuld, schuld, verminderde schuld).⁴⁰ Daarmee biedt hij flink tegenwicht aan forse boeteverhogingen in wetgeving en, als gevolg daarvan, in beleidsregelgeving. Voorts valt op dat hij aansluiting weet te vinden bij een wens van de wetgever zelf, namelijk het voorkomen van verstoring van de balans met het strafrecht.

Voor een juist begrip moet men in de gaten houden dat de introductie door de Centrale Raad van de categorieën opzet, grove schuld en gewone schuld een *noodgreep* is om doorgeschoten wetgeving te keren. Er zijn geen aanwijzingen dat beoogd is een belangrijk strafrechtelijk leerstuk over de volle linie van het bestraffende bestuursrecht in te voeren. De onderhavige noodgreep, waartoe de Centrale Raad zich genoodzaakt zag om te kunnen differentiëren tussen “expres” en “per ongeluk”, illustreert overigens dat een – om deugdelijke redenen – van een ander rechtsgebied geleende figuur een eigen dynamiek kan krijgen.⁴¹ Zo hebben rechtshulpverleners, onder verwijzing naar de uitspraak van de Centrale Raad, pogingen ondernomen om de andere bestuursrechtelijke rechtscolleges te

³⁹ De eerste uitspraken in hoger beroep zijn CRvB 23 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:1801, 1807, 1879 en 1880.

⁴⁰ Voorts zal met een schuin oog gekeken zijn naar het belastingrecht, met zijn onderscheid tussen vergrijp- en verzuimboetes.

⁴¹ In dat licht zou overwogen kunnen worden binnen het raamwerk van verwijtbaarheid eigen begrippen te hanteren, zoals bijvoorbeeld “doelbewust”. Bij gebruik in het strafrecht en het bestuursrecht van dezelfde termen zouden die termen dezelfde betekenis moeten toekomen.

bewegen tot soortgelijke verfijningen op het punt van de verwijtbaarheid. Tot dusverre hebben deze andere rechtscolleges dat afgehouden.⁴²

Dat een geleende figuur een eigen dynamiek kan krijgen, wordt eveneens geïllustreerd door het Wetsvoorstel wijziging van de socialezekerheidswetten in verband met de regeling van de bestuurlijke boete.⁴³ De aanleiding voor dit voorstel zijn het Advies van de Raad van State, het rapport Geen fraudeur, toch een bestuurlijke boete, van de Nationale ombudsman,⁴⁴ en de uitspraak van de Centrale Raad van CRvB 24 november 2014. In navolging van deze uitspraak wordt in het wetsvoorstel onderscheid gemaakt tussen opzettelijke en andere normschending.⁴⁵ Voor het begrip opzet wordt, conform de jurisprudentie van de Centrale Raad,⁴⁶ aangesloten bij het strafrecht. Dat is ook het geval waar het gaat om de boetes die ten hoogste kunnen worden opgelegd (boetes van de vijfde (wanneer opzet) resp. de derde (wanneer geen opzet) categorie als bedoeld in artikel 23, vierde lid, Sr).⁴⁷ In zijn advies bij het wetsvoorstel wijst de Raad van State erop dat het onderscheid tussen wel en geen opzet, onder toepasselijkheid van de strafrechtelijke leerstukken ter zake, de uitvoering aanzienlijk kan compliceren, met nadelige gevolgen voor zowel de rechtsgelijkheid als de effectiviteit van de handhaving.⁴⁸ Dit is reële kritiek. Juist de schending van de inlichtingenplicht – een administratieve, secundaire verplichting – moet eenvoudig zijn vast te stellen; te meer omdat beboeting van deze overtreding veelal niet op een discretionaire bevoegdheid berust, maar een verplichting vormt.

Naar de indruk van velen stond de Afdeling bestuursrechtspraak lange tijd weinig kritisch tegenover hoge boetemaxima zoals die op grond van de Wet arbeid vreemdelingen. In dat licht is het opmerkelijk dat dit rechtscollege in zijn uitspraak van 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138, de staf heeft gebroken over in verband met de verhoging van het boetemaximum (van € 8.000 naar € 12.000 voor een eerste overtreding) aangepaste beleidsregels. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak is het nieuwe boetemaximum niet onrechtmatig, maar moet uit een oogpunt van evenredigheid voldoende kunnen worden gedifferentieerd. De beleidsregels stonden daaraan volgens de Afdeling bestuursrechtspraak in de weg: zij misten voldoende differentiatie en werden daarom ‘onredelijk’ bevonden, zodat zij geen toepassing konden krijgen. Dat de Afdeling bestuursrechtspraak een andere koers is gaan varen, blijkt tevens uit haar uitspraak van 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3251, eveneens over de Wet arbeid vreemdelingen, waarin zij overweegt dat ‘het onredelijk [is] dat de minister een aan een natuurlijk persoon opgelegde boete van € 6.000,00 niet matigt, reeds omdat deze minimaal € 50,00 per maand moet kunnen betalen over een periode van tien jaar.’

⁴² Terecht. Want elk beleidsterrein heeft zijn eigen kenmerken. Bovendien kan een eigen dynamiek als gevolg van een noodgreep schadelijk zijn voor de rechtseenheid. Verder kan worden gesteld dat een verfijning als aan de orde eigenlijk van de kant van de wetgever dient te komen, en in elk geval niet via de rechter over de volle breedte van het bestuursrecht dient te worden geïntroduceerd. Aangetekend wordt dat de jurisprudentie van de Centrale Raad waarin wordt onderscheiden naar opzet, grove schuld en gewone schuld, eventueel gecombineerd met zijn hieronder te bespreken jurisprudentie met betrekking tot draagkracht, veel extra werk voor bestuursorganen, rechtshulpverleners en rechters meebrengt: de repressieve wetgeving gaat als onbedoeld neveneffect met extra kosten gepaard. Met het hieronder te bespreken wetsvoorstel is inderdaad de wetgever in actie gekomen (maar zijn die neveneffecten straks waarschijnlijk niet van de baan).

⁴³ *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 396, nr. 2. Dit wetsvoorstel verscheen ten tijde van de afronding van deze bijdrage, zodat voor een grondige bespreking ervan geen gelegenheid meer was.

⁴⁴ Rapportnr. 2014/159.

⁴⁵ Voorts wordt de mogelijkheid tot het geven van een waarschuwing verruimd.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld CRvB 23 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1801, waarin een definitie van het begrip opzet wordt gegeven.

⁴⁷ Zie voor deze aansluiting bij het strafrecht onder meer *Kamerstukken II* 34 396, nr. 4 (Nader rapport), p. 11.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 34 396, nr. 4 (Advies Raad van State), p. 4-6. Zie voor de reactie van de regering *Kamerstukken II* 34 396, nr. 4 (Nader rapport), p. 7-10.

Een andere in de bestuursrechtelijke rechtspraak beproefde manier om tegenwicht aan op wetgeving en/of beleidsregels gebaseerde te hoge boetes te bieden, is de redenering dat de evenredigheid van de bestuurlijke boete in het individuele geval ex nunc moet worden bepaald en dat daarbij ook rekening moet worden gehouden met de draagkracht van de overtreder. Dit is vooral van betekenis waar de boete is voorafgegaan aan reparatoire maatregelen (naheffing; herziening en terugvordering). Dergelijke maatregelen kunnen de draagkracht aanzienlijk reduceren en aldus tot een dito verlaging van de latere boete leiden.

Zie in dit verband bijvoorbeeld CRvB 11 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:12. In deze uitspraak sluit de Centrale Raad aan bij zijn in de uitspraak van 24 november 2014 vermelde uitgangspunten, met dien verstande dat van ‘deze uitgangspunten moet worden afgeweken, indien de omstandigheden van het geval, waaronder de draagkracht van de betrokkene, dit nodig maken.’ Ter voorkoming van de situatie dat iemand zeer langdurig op het absolute minimum moet leven, is hij vervolgens van oordeel dat het in de rede ligt ‘een begrenzing in de tijd in acht te nemen met het oog op de evenredigheid van de boete [en] deze grens in algemene zin te leggen bij twee jaar.’⁴⁹

Men kan zich nog afvragen of de hier aan de orde zijnde onbalans in boetehogtes een voorkeur voor strafrechtelijke boven bestuursrechtelijke bestraffing meebrengt. Het antwoord is ontkennend. De in bijzondere wetgeving gekozen boetehoogte staat immers los van de figuur van de bestuursrechtelijke boete als zodanig. Zonder aanpassing van de bijzondere wetgeving op het punt van de boetehoogte zou er bij vervanging van de bestuurlijke boete door de strafbeschikking op dit punt niets veranderen. Anders gezegd, hier doet zich een probleem op wetgevingsniveau voor; een probleem dat met een keuze voor de strafbeschikking niet wordt opgelost. In dit verband trekt aandacht dat er in het strafrecht om redenen van evenredigheid van sancties veel verzet is tegen een stelsel met minimum straffen. In het bestuursrecht is men op onderdelen al vertrouwd met een dergelijke vorm van straffen (en niet alleen in geval van (recidive van) zware overtredingen). Dit rechtsgebied laat zien dat het werken met minimum straffen niet over de volle breedte weerstand ontmoet, maar nadrukkelijk wel waar sprake is van – door repressieve politiek gevoede – doorgeschoten boetes; weerstand van de rechter, maar ook van de kant van het bestuur. Vervanging van de bestuurlijke boete door de strafbeschikking zonder aanpassing van de wetgeving over de boetehoogte zou, gezien bedoelde bezwaren tegen minimum straffen, ook in het strafrecht op verzet stuiten.

Belangrijk is verder de constatering – zie de hierboven besproken jurisprudentie – dat als gevolg van bijzondere wetgeving doorgeschoten boetes door de bestuursrechter niet voor zoete koek worden geslikt. Ook de bestuursrechter is dus bereid en in staat zijn plaats en rol in het staatsrechtelijke stelsel van checks and balances waar te maken. Overigens zou de eenheid in sanctiezwaarte bevorderd kunnen worden wanneer alle boetes op grondslag van artikel 23 Sr gecategoriseerd zouden worden. Maar ook dat rechtvaardigt geen vervanging van de bestuurlijke boete door de strafbeschikking, nu ook voor de bestuurlijke boete op eenvoudige wijze bij artikel 23 Sr aangesloten zou kunnen worden.

Besloten en open context

Voorts is de waarneming van de Raad van State juist dat het criterium besloten - open context onvoldoende onderscheidend is. Als vermeld (zie par. 2), werden al bij de introductie van dit criterium door de regering zelf relativerende kanttekeningen geplaatst. De moeilijkheid met het criterium is dat er vele tussenvormen zijn. Dit neemt niet weg dat er zodanige ‘verbindingen’ of rechtsbetrekkingen tussen

⁴⁹ Zie over evenredigheid en draagkracht voorts onder meer CRvB 18 maart 2014, ECLI:NL:2014:1015, HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:685, en ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:686.

bestuur en burger voorkomen, dat reeds daarom punitieve bestraffing door het bestuur in plaats van via het OM geïndiceerd is. Gedacht kan worden aan de naleving van vergunningvoorschriften of de inlichtingenplicht (socialezekerheidsrecht) dan wel aangifteplicht (belastingrecht). In dergelijke gevallen zijn er reeds zoveel contacten tussen bestuur en burger en beschikt het bestuur reeds over zoveel informatie over de normadressaat, dat het voor de hand ligt om het bestuur met de bevoegdheid tot punitieve bestraffing te bekleden. Dan is echter niet het criterium besloten - open context als zodanig bepalend, maar daarmee samenhangende kenmerken zoals kennis van het bestuur over verplichtingen en gedragingen van de normadressaat en diens overige omstandigheden en de mogelijkheid van onderlinge afstemming van beschikkingverlening en van reparatoire en bestraffende sancties.

Verantwoordelijkheid, complementering handhavingsinstrumentarium en materiedeskundigheid bestuur

Met de invoering van de (bestuurlijke!) strafbeschikking (257ba Sv) is de relevantie van dit drietal indicatoren ten gunste van de bestuurlijke boete inderdaad afgenomen. Desalniettemin kan de keuze tussen bestuurlijke boete en strafbeschikking met name voor de verantwoordelijkheid van het bestuur wel degelijk verschil maken. Gedoeld wordt op de aansturingsmogelijkheden. Wie heeft in geval van de strafbeschikking de bevoegdheid tot het geven van instructies: het bestuur of het OM? Een cruciale vraag is voorts of en wat voor OM-toezicht op bestraffende bestuursorganen wenselijk is. Gaat het om toezicht uit een oogpunt van juridische kwaliteit? Of laat het OM zich ook in met de invulling van beleidsvrijheid (opportuniteit)? Dit laatste raakt aan het argument van de complementering van het bestuurlijke handhavingsinstrumentarium (dat met OM-toezicht uitgehold zou kunnen worden). Evenzo rijst de vraag of en hoe het OM toezicht op de bestuurlijke feitenvaststelling gaat uitoefenen in gevallen waar specifieke, bij het bestuur aanwezige deskundigheid is vereist. Zie nader par. 7.

De verschillen en feilen

Het Advies van de Raad van State brengt relevante verschillen tussen bestuursrecht en strafrecht in kaart, al is het overzicht onvolledig. Zo is er bijvoorbeeld nog een verschil op het punt van daderschap en deelneming en, iets heel anders, de bestemming van de financiële opbrengst van sancties. Wat betreft het eerste punt had de Raad van State kunnen wijzen op een ontwikkeling in het bestraffende bestuursrecht van verruiming van aansprakelijkheid. Gedoeld wordt op de algemene introductie bij gelegenheid van de Vierde tranche van de Awb van de medepleger als overtreder. Volgens de regering zou dit in de praktijk niet tot uitbreiding van aansprakelijkheidsstelling leiden. Maar elk aanbod schept zijn vraag: bestuursorganen zijn in hun beleidsvorming steeds vaker de mogelijkheid gaan onderzoeken om naast plegers ook medeplegers aan te pakken.⁵⁰ In het belastingrecht is overigens met de invoering in artikel 67o Awr van de deelnemingsvormen doen plegen, uitlokken en medeplichtigheid de ontwikkeling nog een stap verder gegaan.

Als andere tekortkoming kan worden gezien dat de Raad van State zich heeft beperkt tot juridische verschillen. Inzicht in hun feitelijke betekenis kan helpen om deze verschillen beter op hun waarde te schatten (tevens in termen van juridische kwaliteit). Ook valt te denken aan een verschil in beleving door overtreders tussen bestraffing door het bestuur dan wel door de strafrechter. Verder valt op dat de Raad van State de door hem geïnventariseerde verschillen niet onderscheidt naar hun aard. In plaats daarvan hanteert hij een concrete benadering waarbij de vraag leidend is hoe bestuursrecht en

⁵⁰ Vgl. Assink, Bröring, Timmerman en De Valk 2011.

strafrecht op de geïnventariseerde punten van verschil nader op elkaar kunnen worden afgestemd en, zo mogelijk, van gezamenlijke oplossingen kunnen worden voorzien.

Daarbij lijkt de Raad van State, gezien ook het persbericht, als uitgangspunt te hanteren dat op onderdelen de rechtsbescherming met betrekking tot bestuurlijke boetes moet worden verbeterd en dat daarbij kan worden geleerd van het strafrecht. Het advies zelf geeft intussen ook voorbeelden waarbij het strafrecht van het bestuursrecht kan leren, althans van punten waarop het bestuursrecht uit een oogpunt van rechtsbescherming meer te bieden heeft (bijvoorbeeld op het punt van het horen).⁵¹ Het Rapport van de Procureur-Generaal 2014 biedt eveneens voorbeelden van feilen rond de strafbeschikking waarbij geleerd kan worden van het bestuursrecht. Uiteraard kunnen rechtssystemen van elkaar leren. Vervolgens zou in elk geval een deel van de door de Raad van State genoemde verschillen tussen bestuursrecht en strafrecht door middel van concrete wetswijzigingen relatief eenvoudig kunnen worden weggenomen. Het Advies van de Raad van State vormt een aansporing om de mogelijkheden daartoe aan de hand van de in dit Advies gedane suggesties nader te onderzoeken.

4. Tussenbeschouwing

De hoofdconclusie en haar beperkingen

Er is een handhavingstelsel ontstaan, aldus de Raad van State, 'waarin de rechtsbescherming van de burger bij de keuzes door de wetgever voor een bepaald handhavingstelsel en de hoogte van de punitieve sanctie onderbelicht is geraakt'.⁵² In deze constatering heeft de Raad van State aanleiding gevonden voor het uitbrengen van zijn ongevraagd advies. Zijn hoofdconclusie is dat bepaalde indicatoren voor de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht hun betekenis hebben verloren en dat bepaalde verschillen tussen strafrecht en bestuursrecht nader aandacht verdienen. Onduidelijk blijft waarom in het persbericht bij het Advies het accent wordt gelegd bij een gebrek aan rechtsbescherming van de burger bij de bestuurlijke boete (terwijl uit het Rapport van de Procureur-Generaal 2014 blijkt dat er ook het een en ander mis is bij de strafbeschikking). In bovenstaande bespreking van het Advies is verder opgemerkt dat de in dit advies besproken verschillen tussen strafrecht en bestuursrecht grotendeels beperkt zijn gebleven tot juridische en concrete verschillen: empirische en fundamentele aspecten zijn hooguit zijdelings aan de orde gekomen.

Opvallend is ook dat de Raad van State zich heeft toegelegd op procedurele verschillen: materieelrechtelijke leerstukken spelen in het Advies een ondergeschikte rol. Dat is niet verbazingwekkend. Het bestuurlijkeboeterecht is, zoals al werd opgemerkt, in materieel opzicht strafrecht (dit in deze bijdrage ingenomen standpunt wijkt tot op zekere hoogte af van de opvatting van de makers van de boeteregeling in de Vierde tranche van de Awb).⁵³ Dit betekent dat voor leerstukken als daderschap en deelneming, opzet en schuld en bewijs het strafrecht leiden behoort te zijn, en dat voor bestuursrechtelijke afwijkingen een bijzondere motivering dient te bestaan. Het Advies van de Raad van State is op dit punt niet helder. Wel sluit bij dit Advies aan dat het vooral de bevoegdheid en procedure zijn waarop het bestuursrecht van het strafrecht afwijkt en die de keuze voor de bestuurlijke boete moeten rechtvaardigen.

⁵¹ Zie voorts het Advies van de Raad van State, p. 8-9.

⁵² Het Advies van de Raad van State, p. 1.

⁵³ Vgl. het Advies van de Raad van State, p. 7.

Onvoldoende aandacht voor soorten bestuur en bestuurlijke organisaties

In zijn Advies maakt de Raad van State onvoldoende onderscheid tussen soorten bestuur en soorten bestuurlijke organisaties. Vervanging van bestuurlijke boetes op het terrein van het socialezekerheidsrecht of het belastingrecht, bijvoorbeeld, zal anders uitpakken dan waar sprake is van veel beleidsvrijheid, derde-belanghebbenden en beboeting van overtreding van andere dan administratieve voorschriften. Op een aantal beleidsterreinen van de decentrale overheid rijzen specifieke vragen over de verhouding tussen een rechtscultuur waarin een fundamentele rol is weggelegd voor vertegenwoordigende lichamen enerzijds en de mogelijkheden en wenselijkheden van OM-toezicht anderzijds. Voor weer andere terreinen is het weer anders. Denk bijvoorbeeld aan het financieel bestuursrecht, waar weer andere aspecten in de afweging tussen bestuursrecht en strafrecht spelen (materiedeskundigheid; compliancebeleid en de behoefte binnen dat raamwerk aan eigen bestraffende sancties). Deze diversiteit impliceert dat lang niet alle oude indicatoren voor de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sanctionering over de hele linie van de rechtshandhaving volledig verouderd zijn.

Onvoldoende aandacht voor systeeminhherente kenmerken

Van wezenlijk belang zijn voorts verschillen die inherent zijn aan het bestuursrechtelijke respectievelijk het strafrechtelijke systeem en om die reden niet of moeilijk zijn te overbruggen. Bij deze systeeminhherente verschillen moet onder meer worden gedacht aan de plaats en rol van de rechter (de bestuursrechter toetst besluiten, de strafrechter beslist op vordering van het OM). Ook met het systeem verbonden (politiek-)culturele verschillen kunnen van invloed zijn. Dergelijke meer fundamentele verschillen blijven in het Advies van de Raad van State goeddeels onbesproken. Voor het vinden van oplossingen voor de meer concrete punten van verschil is dat in het algemeen niet bezwaarlijk. Maar de systeeminhherente aspecten hadden wel aandacht verdiend waar de Raad van State opmerkt dat het sterk terugdringen van de rol van de bestuurlijke boete niet realistisch is.⁵⁴ Het zijn namelijk vooral deze aspecten die van invloed zijn op de wenselijkheid en mogelijkheid van vervanging van de bestuurlijke boete door de strafbeschikking.

Het knelpunt van de doorgeschoten bestuurlijke boetes

Het Advies van de Raad van State ademt zorg over de inrichting van de bestraffende handhaving als geheel, die voor een belangrijk deel parallel loopt aan de zorg zoals deze in de recente jurisprudentie tot uiting komt. In het bijzonder valt te denken aan de hoogte van bestuurlijke boetes: er is in de bestuursrechtelijke rechtspraak een beweging ontstaan met als doel sommige boetehogtes tot in vergelijking met het strafrecht redelijke proporties terug te brengen. Het is in dit licht, dat de Raad van State 'de hoogte van de punitieve sanctie' nadrukkelijk als knelpunt benoemt.⁵⁵ Waar ligt de oorzaak van dit knelpunt?

Herhaald wordt dat dit knelpunt niet kan worden geschaard onder de vlag – zie het persbericht over het Advies van de Raad van State – van onvoldoende rechtsbescherming in het bestuursrecht. De bepaling van de sanctiehoogte is immers een kwestie van, in geval van de bestuurlijke boete, bijzondere

⁵⁴ Vgl. het Advies van de Raad van State, p. 8.

⁵⁵ Idem het rapport Geen fraudeur, toch een bestuurlijke boete, rapportnr. 2014/159, van de Nationale ombudsman.

wetgeving. Weliswaar beweegt bijzondere wetgeving doorgaans meer of sneller dan een algemene wet als het Wetboek van Strafrecht mee met politieke en maatschappelijke tendensen naar een meer repressieve overheid. In zoverre vormen (te) hoge boetes een knelpunt in het bestuursrecht. Echter, wanneer de bijzondere wetgeving als basis voor bestraffing blijft bestaan en alleen zou worden gekozen voor vervanging van de bestuurlijke boete door de bestuurlijke strafbeschikking, is slechts sprake van verplaatsing van het probleem van bestuursrecht naar strafrecht, zonder dat de kern van het probleem – verhoudingsgewijs te hoge boetes – wordt opgelost: in plaats van de bestuursrechter zou de strafrechter op bepaalde terreinen met een door de wetgever vastgesteld systeem (van verplichte en /of minimum straffen) met hoge boetes worden geconfronteerd (en dus net als de bestuursrechter naar uitwegen moeten zoeken om op redelijke bedragen uit te komen).

In elk geval ligt de oorzaak van het onderhavige knelpunt bij de bijzondere wetgeving; bijzondere wetgeving die een product is van een repressieve politiek. Een analyse van de desbetreffende wetgeving bevestigt dat de oorzaak inderdaad bij de politiek ligt. Dit blijkt onder meer uit de totstandkoming van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (Fraudewet), waarbij zwaardere sancties zijn gesteld op overtredingen van socialezekerheidswetgeving, de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi). De sanctieverhoging wordt door de regering gemotiveerd met de opmerking dat sancties effectief dienen te zijn.⁵⁶ In zijn advies bij het wetsvoorstel van de Fraudewet toont de Raad van State zich van zijn kritische kant.⁵⁷ Volgens hem is de argumentatie om te komen tot een forse sanctieverzwaring beperkt en niet overtuigend: eerst zou moeten worden nagegaan of betere gebruikmaking van de reeds bestaande handhavingsmogelijkheden uitkomst kan bieden.

De kritische opstelling van de Raad van State over sanctieverzwaring blijkt ook in het kader van de Warenwet.⁵⁸ In dat kader merkt hij op dat verhoging van de maximumbedragen ook worden doorgevoerd waar er geen relatie met de Fraudewet is. Volgens hem wordt in de Memorie van Toelichting niet duidelijk waarom de huidige bedragen niet meer voldoen. Met name de voorgestelde boeteverhoging voor de niet-SZW gerelateerde overtredingen acht de Raad van State niet op voorhand proportioneel. Van hetzelfde laken een pak is de advisering door de Raad van State over het Wetsvoorstel verhoging boetemaxima ACM.⁵⁹ De boeteverhogingen in het kader van de Fraudewet en de Warenwet zijn betrekkelijk soepel door de Tweede Kamer gekomen.⁶⁰ Maar ook in de Eerste Kamer, waar men zou verwachten dat deze bijzondere belangstelling voor juridische kwaliteit en evenwichtigheid in het sanctiestelsel als geheel zou hebben, heeft de repressieve attitude van de regering weinig tegenstand ontmoet.⁶¹

Met het voorgaande is gezegd dat de Raad van State zich in zijn adviezen over wetsvoorstellen en zijn ongevroegd advies over bestraffende rechtshandhaving consequent heeft opgesteld. Duidelijk is ook dat zijn wetgevingsadviezen op het punt van de boetehoogte weinig effect hebben gesorteerd. In dit licht kan zijn ongevroegd advies over bestraffende rechtshandhaving als een herkansing worden beschouwd. Gelet op de recente jurisprudentie over de boetehoogte is deze herkansing voor de wetgever niet gratuit.

⁵⁶ *Kamerstukken II 2011/12, 33 207, nr. 3. Idem de Nota van Antwoord.*

⁵⁷ *Kamerstukken II 2011/12, 33 207, nr. 4.*

⁵⁸ *Kamerstukken II 2013/14, 33 775, nr. 4.*

⁵⁹ *Kamerstukken II 2014/15, 34 190, nr. 4.*

⁶⁰ Het Wetsvoorstel verhoging boetemaxima ACM ligt nog bij de Eerste Kamer.

⁶¹ Als opgemerkt, wordt met het Wetsvoorstel wijziging van de socialezekerheidswetten in verband met de regeling van de bestuurlijke boete, *Kamerstukken II 2015/16, 34 396, nr. 2*, getracht alsnog recht te doen aan het evenredigheidsbeginsel.

Regie

In ons stelsel van checks and balances kan deze jurisprudentie samen met het Advies van de Raad van State worden gezien als tegenwicht tegen in de wetgeving doorgeschoten bestuurlijke boetes (in het perspectief van het sanctiestelsel als geheel). Hiermee wordt de opmerking van de Raad van State onderstreept dat op wetgevingsniveau meer regie nodig is. Volgens de Raad van State dient deze regie te komen van het ministerie van Veiligheid en Justitie. Daar is veel voor te zeggen.

Vakdepartementen hebben minder oog voor (de balans in) het sanctiestelsel als geheel, zo komt duidelijk uit het onderzoek Referentiekader geldboetes naar voren.⁶² Ze zullen bovendien meer dan het ministerie van Veiligheid en Justitie worden beïnvloed door overwegingen van politieke opportuniteit. Politieke opportuniteit behoort tot de politieke rationaliteit. Maar er is ook een juridische realiteit, die vergt dat, ook in termen van rechtsgelijkheid en mede gelet op wat in het strafrecht gangbaar is, evenwichtige boetes worden opgelegd. Daar heeft het ministerie van Veiligheid en Justitie uit de aard van zijn functie meer oog voor dan de vakdepartementen.

Zonder politiek commitment daartoe is een regiefunctie voor dit ministerie echter moeilijk te vervullen. De politiek heeft immers het laatste woord. Zoals het wetgevingsproces met betrekking tot de voedselveiligheid illustreert, kan dat betekenen dat na de inbreng vanuit Veiligheid en Justitie op instigatie van de Tweede Kamer alsnog een forse boeteverhoging wordt doorgevoerd.⁶³ Kortom, inderdaad is regie nodig en komt men voor de regiefunctie uit bij het ministerie van Veiligheid en Justitie. Maar even duidelijk is dat nog nader aandacht verdient hoe diens regiefunctie vervolgens geborgd kan worden.

Vervolg

Hieronder volgt een nadere vergelijking vanuit de systeeminherente kenmerken van het bestuursrecht en het strafrecht die van invloed zijn op de keuze tussen beide rechtsgebieden. Steeds wordt het bestuursrecht als vertrekpunt genomen, waarna een nadere vergelijking met het strafrecht plaatsvindt (par. 5). Onderwerpen zijn achtereenvolgens het bestuursrechtelijke besluitenmodel tegenover het strafrechtelijke model dat juist niet om een besluit draait, gelijkheid en evenredigheid, beleidsregels en richtlijnen, en diversiteit of eenvormigheid van de organisatie. Daarna wordt onder meer ingegaan op typen bestuur (par. 6), de verhouding tussen bestuur en OM (par. 7), resterende punten van verschil tussen bestuursrecht en strafrecht (par. 8.) en overige sancties op het snijvlak van bestuursrecht en strafrecht (par. 9).

⁶² Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2012.

⁶³ Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33 775, nr. 15 (amendement) en nr. 17 (gewijzigd amendement). De Raad van State had blijkens zijn Advies (nr. 4) moeite met (de motivering voor) de boeteverhoging waar het gaat om elementen van de Warenwet die los staan van de Wet aanscherping.

5. Nadere vergelijking bestuursrecht en strafrecht vanuit systeemkenmerken

Bestuursrecht: het besluit centraal; strafrecht: de vol beslissende rechter

In zowel het bestuursrechtelijke besluitvormingsrecht als het bestuursprocesrecht staat het besluit centraal. Het bestuur neemt besluiten; de rechter toetst besluiten. Het strafrechtelijke model is duidelijk anders. Daar beslist de rechter op basis van een vordering – in bestuursrechtelijke termen een soort aanvraag – van het OM. Hier is sprake van een essentieel verschil tussen bestuursrecht en strafrecht. Een verschil, waaraan bepaalde verschillen op het vlak van straftoemeting inherent lijken te zijn. Weliswaar geldt ook in het bestuursrecht op het punt van de hoogte van de boete de eis van full jurisdiction.⁶⁴ Maar voor de wijze van beoordeling van de evenredigheid zal het uitmaken of op een beslissing wordt gereageerd dan wel dat naar aanleiding van een aanvraag, verzoek of vordering een beslissing wordt genomen (anchoring effect).

Hoe groot het verschil werkelijk is, hangt af van een aantal factoren (waarover nog onvoldoende kennis beschikbaar is). Enerzijds is van belang hoe vaak de bestuursrechter op welke grond een boetebesluit vernietigt. Anderzijds is belang hoe vaak de strafrechter van de strafeis van het OM afwijkt, en in hoeverre met de strafeis van het OM toepassing wordt gegeven aan strafvorderingsrichtlijnen. Naar gelang het OM vaker toepassing aan deze regels geeft en de strafrechter vaker de strafeis van het OM volgt, zal het verschil met het bestuursrecht, waar veelvuldig met standaarden wordt gewerkt, kleiner zijn.

Op deze plaats wordt opgemerkt dat weliswaar aan de centrale rol van het besluit in het bestuursrecht wordt gemorreld (om redenen van effectieve rechtsbescherming), maar dat er geen aanwijzingen zijn dat op dit rechtsgebied het besluit als centraal begrip wordt verlaten. Aandacht trekt in dit verband de vervanging van bezwaar en beroep tegen een zelfstandig schadebesluit door de verzoekschriftenprocedure bij de bestuursrechter (titel 8.4 Awb).⁶⁵ Deze vervanging berust mede op de overweging dat beslissen over schadevergoeding des rechters is. Iets dergelijks zou men ook voor bestraffing kunnen zeggen. Waarom dan niet het boetebesluit vervangen door de mogelijkheid van een verzoekschriftprocedure, in dit geval voor het bestuursorgaan, bij de bestuursrechter of, mooier nog, de strafrechter? Met de invoering van een verzoekschriftprocedure in plaats van door middel van boetebesluiten zou de rechter overbelast raken. Anders gezegd, de belangrijkste reden voor invoering van de bestuurlijke boete – en de strafbeschikking – zou teniet worden gedaan. Genoemde optie is dan ook niet serieus te nemen.

Het strafrechtelijke model van de strafbeschikking vergezeld van de mogelijkheid van verzet gevolgd door een procedure bij de strafrechter is te beschouwen als een tussenoplossing, eerder in de zin van een compromis dan van het beste van twee werelden. Aan de in het strafrecht gehanteerde “knip” tussen OM-beschikkingen en beslissingen van de strafrechter kleeft namelijk het nadeel dat de strafrechter zich niet uitlaat over de kwaliteit van de strafbeschikkingen als zodanig en de beleidsnormen die het OM bij uitvaardigen van de strafbeschikkingen hanteert. ‘De rechter

⁶⁴ De betekenis van full jurisdiction moet intussen niet worden overdreven: ze houdt niet in dat er niet enige speelruimte zou zijn. Zie hierover Michiels 2015, en Michiels en De Waard 2007.

⁶⁵ Gedeeltelijk exclusieve bevoegdheid bestuursrechter, gedeeltelijk facultatieve bevoegdheid bestuursrechter en gedeeltelijk exclusieve bevoegdheid burgerlijke rechter.

beoordeelt de voorafgaande OM-strafbeschikking dus niet, zodat die zich onttrekt aan direct toezicht door de strafrechter', aldus terecht het Rapport van de Procureur-Generaal 2014.⁶⁶

Zulk toezicht geschiedt wel door de bestuursrechter als besluitentoeser.⁶⁷ De door de P-G bij de HR gesignaleerde feilen bij het uitvaardigen van strafbeschikkingen – onder andere bevoegdheids- en kwalificatiegebreken – waren in het (bestuursrechtelijke) model waarin besluiten worden beoordeeld waarschijnlijk veel sneller boven water gekomen. In dit model waren er eerder leereffecten opgetreden, ook met het oog op die zaken welke niet voor de rechter komen (preventief effect van de rechtsbescherming, doordat degene die een beschikking uitvaardigt rekening houdt met de kans dat zijn beschikking door de rechter wordt gecontroleerd). Ook in het bestuursrecht vinden met het onderzoek van de Procureur-Generaal bij de HR vergelijkbare evaluaties van de kwaliteit van beschikkingen plaats (al dan niet in het kader van toezicht). Dergelijke evaluaties plegen algemeen van aard te zijn en zich primair tot het management te richten. Rechterlijke controle, in individuele gevallen van individuele besluiten, heeft echter duidelijk meerwaarde.

Uiteraard hebben ook strafrechtelijke uitspraken leereffecten. De uitspraken van de bestuursrechter gaan echter rechtstreeks over de beschikking zelf, en niet indirect, via een vordering van een derde instantie. In dit licht heeft het bestuursrecht uit een oogpunt van rechtsbescherming zekere voordelen boven het strafrecht. Daar komt bij met dat de huidige invulling van de verzetsprocedure bepaalde functies, waaronder de zgn. leerfunctie, lijken te worden gemist die de bestuursrechtelijke bezwaarschriftprocedure wel vervult (zie verder par. 7).

Opgemerkt moet nog worden dat de toetsende rol van de bestuursrechter in geval van bestuurlijke boetes niet beperkt blijft tot de in bezwaar aangevoerde gronden: van een zgn. grondenfuik is geen sprake.⁶⁸

Het verschil tussen de bestuursrechter als besluitentoeser en de vol beslissende strafrechter is theoretisch (modelmatig) van aard. Zijn praktische betekenis hangt af de wijze waarop de rechter zich door het bestuursbesluit dan wel de OM-vordering laat leiden, zowel op het punt van de feitenvaststelling, de feitenkwalificatie als de straftoemeting. Met het oog daarop is het volgende van belang.

Bestuursrecht: accent op gelijkheid en consistentie; strafrecht: accent op evenredigheid

In het verleden is het bestuursrecht wel beschreven als een samenstel van instrumenten en waarborgen. Daarbij had men mede het oog op de bijzondere delen van het bestuursrecht. Het algemeen deel van het bestuursrecht, tegenwoordig grotendeels neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht, is voornamelijk tot ontwikkeling gekomen uit een behoefte aan rechtswaarborgen. Vereenzelviging van algemeen bestuursrecht en rechtsbescherming was dan ook lange tijd gemeengoed (een heel ander verhaal dus, dan de kwalificatie van bestuursrecht als instrumenteel recht). De laatste twee decennia is dat enigszins veranderd, al is de aard van de verandering niet eenduidig. Zo is de nadruk meer komen te liggen bij tijdige en finale geschilbeslechting, waarbij de tijdigheid niet alleen wordt benoemd als een zaak van doelmatigheid maar ook van rechtszekerheid. Daarom en omdat het om punitieve sancties gaat, is de bestuursrechter in voorkomende gevallen verplicht om zelf in de zaak te voorzien, dus net als de strafrechter vol zelf te beslissen (art. 8:72a Awb).

⁶⁶ Rapport Procureur-Generaal 2014, p. 11.

⁶⁷ Zie Bröring 2005b.

⁶⁸ Ook niet in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak (die op dit punt in het algemeen strenger wordt bevonden dan andere rechtscolleges). Zie bijvoorbeeld 1 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO5745.

Het traditionele rechtsbeschermingskarakter is in zoverre nog springlevend, dat de bestuursrechter waar het gaat om bestuurlijke boetes nooit, althans nooit voor de burger,⁶⁹ tot een reformatio in peius blijkt te komen; ook niet waar, zoals in de socialezekerheidwetgeving, de rechter uitdrukkelijk – om dat traditionele rechtsbeschermingskarakter te doorbreken – de bevoegdheid is toegekend om een zwaardere boete op te leggen. Het bestuursprocesrecht wordt met andere woorden nog steeds uitsluitend toegepast als rechtsbeschermingsmogelijkheid voor de rechtszoekende burger, niet ook als een risico op verzwaring van de reeds opgelegde straf. Hier ligt een opvallend verschil met het strafrecht, waar het voorkomt dat de na verzet door de rechter opgelegde boete hoger uitpakt dan de oorspronkelijke strafbeschikking.

Onveranderd gebleven is het preponderante belang in het bestuursrecht van het gelijkheidsbeginsel.⁷⁰ Dit vertaalt zich in eisen van transparantie en consistentie, en van kenbare deugdelijke motiveringen; eisen die het gebruik van standaarden sterk in de hand werken. Dit is ook herkenbaar in het strafrecht, maar vermoedelijk in iets zwakkere vorm: verondersteld kan worden dat daar het evenredigheidsbeginsel verhoudingsgewijs meer gewicht in de schaal legt.

De werking van het gelijkheidsbeginsel blijft beperkt tot de grenzen van een bepaalde bevoegdheid van een bepaald bestuursorgaan. Dit betekent dat gelijksoortige bestuursorganen, bijvoorbeeld alle colleges van b&w, eigen beleid mogen vaststellen ter invulling van hun beleidsvrijheid om al dan niet bestuurlijke boetes op te leggen (decentralisatie). Deze eigen afwegingsruimte is inderdaad beperkt tot beleidsvrijheid: in de context van de bestuurlijke boete de vraag of een boete dient te worden opgelegd (in geval van een kan-bepaling). Het gaat hier om de bestuursrechtelijke tegenhanger van het strafrechtelijke opportuniteitsbeginsel. Op het punt van de hoogte van de bestuurlijke boete is er evenmin als in het strafrecht op het punt van de strafmaat sprake van vrijheid: hier komt het geheel aan op de evenredigheid van de sanctie.

In dit licht zijn verschillen in strafmaat (ter zake van dezelfde soort boetebevoegdheid) tussen gelijksoortige bestuursorganen behoudens rechtvaardiging door lokale omstandigheden moeilijk te verdedigen. In het strafrecht is eveneens sprake van een gelijksoortige (strafbeschikkings)bevoegdheid in handen van meerdere gelijksoortige organen (officieren van justitie). Het hier bestaande systeem van richtlijnen en aanwijzingen (art. 127, 128, 136, 137, 137a, 138 Wet RO) maakt dat echter minder problematisch dan in het bestuursrecht. Tenzij de strafmaat sterk wettelijk is gereguleerd, is in geval van gedecentraliseerde boetebevoegdheden de eenheid in de strafmaat in zoverre – in theorie – beter in het strafrecht gewaarborgd dan in het bestuursrecht.⁷¹

Bestuursrecht: beleidsregels; strafrecht: vervolgings- en strafvorderingsrichtlijnen

Zowel voor het verschil tussen de besluitentoezende bestuursrechter en de vol beslissende strafrechter als voor gelijke behandeling en consistentie is van belang in welke mate de beslissingen van bestuur of OM en rechter zijn genormeerd en hoe de rechter met die normering omgaat. Onderscheiden moet worden tussen normen ter beantwoording van de vraag of een boete dient te worden opgelegd en normen voor de bepaling van de hoogte van de boete. Behoudens wanneer verplichte boetes in het geding zijn (sociale zekerheid, inburgering nieuwkomers), pleegt de eerstgenoemde categorie normen in

⁶⁹ Een wijziging ten nadele van het bestuursorgaan dat beroep heeft ingesteld, komt wel voor. Zie bijvoorbeeld CRvB 11 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4214.

⁷⁰ Oorspronkelijk meer nog het verbod van willekeur (het moederbeginsel van het bestuursrecht).

⁷¹ In zijn advies bij het Wetsvoorstel wijziging van de socialezekerheidswetten in verband met de regeling van de bestuurlijke boete wijst de Raad van State op het risico van rechtsongelijkheid bij het gebruik van de begrippen opzet, grove schuld en schuld (*Kamerstukken II* 34 396, nr. 4, p. 6).

het bestuursrecht de status van beleidsregel of vaste gedragslijn te hebben. Vaak gaat het om normen die deel uitmaken van handhavingsbeleid in ruimere zin, waarin ook normen zijn opgenomen over de inzet van herstelsancties. Voor het strafrecht gaat het om het vervolgingsbeleid van het OM, waarbij om begrijpelijke redenen – voor bestuursorganen hebben herstelsancties, voor het OM hebben strafsancties het primaat – in het algemeen veel minder dan in het bestuursrecht afstemming heeft plaatsgevonden met herstelsancties.

In zowel het bestuursrecht als het strafrecht moet de burger een grond of verweer inbrengen met betrekking tot de vraag of een boete dient te worden opgelegd (kan-bepaling, opportuniteit), wil de rechter aan de behandeling van deze vraag toekomen. Zo ja, dan wordt vaak het gelijkheidsbeginsel ingeroepen (direct, in het bestuursrecht vaak ook indirect, over de band van het motiveringsbeginsel). In dit verband beoordeelt zowel de bestuursrechter als de strafrechter de inhoud van het beleid terughoudend, en de toepassing van het beleid meer nauwkeurig.

Interessanter is de normering van de sanctiezwarte en de rechterlijke beoordeling daarvan. In het bestuursrecht is in een aantal gevallen sprake van wettelijke normering (wettelijk gefixeerde boetes). Veel vaker gaat het echter om met behulp van beleid(sregels) genormeerde sancties. Dergelijke normen zijn ook bekend in het strafrecht. Dan gaat het om strafvorderingsrichtlijnen en strafmaatnormen van het OM. Aandacht trekt dat er daarnaast op rechterlijk niveau buitenwettelijke strafmaatregels voorkomen (de rechterlijke oriëntatiepunten voor straftoemeting, afkomstig van de Commissie Rechtseenheid). Te verwachten valt dat de regels van het OM en die van de rechter elkaar niet tegenspreken (anders zouden er in termen van gelijke behandeling twee werelden bestaan). De vraag is vervolgens hoe de bestuursrechter respectievelijk de strafrechter zich tegenover de door het bestuur respectievelijk het OM vastgestelde (niet-wettelijke) strafmaatregels opstelt. Voor de strafrechter geldt dat deze niet aan de OM-regels gebonden acht. Evenzo acht de bestuursrechter zich niet gebonden aan beleidsregels over de boetehoogte.

Terwijl dit laatste altijd vanzelfsprekend is geweest, is in de loop der tijd de houding van de bestuursrechter jegens beleidsregels wel veranderd. Aanvankelijk kwam het voor, met name in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, dat de rechter de beleidsregels over de boetehoogte *vol* toetste, vanuit de gedachte dat hij op het punt van de boetehoogte full jurisdiction heeft. Later werd de lijn gevolgd dat de beleidsregels *terughoudend* worden beoordeeld, waarna de hoogte van de opgelegde boete gelet op alle omstandigheden van het geval *vol* op evenredigheid werd beoordeeld.⁷² De terughoudende beoordeling van de regels zelf stoelde op de gedachte dat er, mede tegen de achtergrond van artikel 4:84 Awb, geen scherpe cesuur is aan te brengen tussen wel en niet in de regels verdisconteerde omstandigheden.⁷³ Dit pakte soms echter merkwaardig uit. Zo kwam het op het terrein van de Wav herhaaldelijk voor dat de Afdeling bestuursrechtspraak de beleidsregels marginaal toetste en niet onaanvaardbaar achtte, vervolgens oordeelde dat er geen bijzondere omstandigheden zijn, waarna hij tot de conclusie kwam dat met de toepassing van de beleidsregels de kous af is. Per saldo reikte de rechterlijke beoordeling dan niet verder dan een marginale toetsing. De nieuwste lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak is die waarin de rechter de vraag centraal stelt of de opgelegde boete in het voorliggende geval – het zal strafrechtjuristen aanspreken – *passend en geboden* is. Daarbij betuigt dit rechtscollege zich de laatste tijd – zie par. 3 – ook kritisch over de beleidsregels zelf.

Het bovenstaande geeft aan dat zowel in het strafrecht als het bestuursrecht sprake is van (niet-wettelijke) normering van de boetehoogte en dat de rechter zich op beide rechtsgebieden niet aan deze normering gebonden acht. Dit is ten minste de juridische theorie. In welke mate rechters zich feitelijk

⁷² Een voorbeeld uit vele is ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4273.

⁷³ Zie Bröring en Naves 2012, 460-464.

wel door de onderhavige normering laten leiden (anchoring effect van beleid en beschikking voor de bestuursrechter, van beleid en strafeis voor de strafrechter), weten we als gezegd niet goed. Het is ook een kwestie van taal en cultuur. In het bestuursrecht is het in geval van in hoge mate door normering gestandaardiseerde, massale beschikkingverlening niet ongebruikelijk om, zonder wanklank, te spreken van een beschikkingenfabriek. In het strafrecht is de perceptie anders: 'Volgens het OM krijgt [door de invoering van de Wet OM-afdoening] zijn oriëntatie op de rechter een nieuwe invulling en betekent magistratelijkheid dat het OM bij het opleggen van strafbeschikkingen altijd zorgvuldig te werk gaat en geen beschikkingenfabriek wordt.'⁷⁴ In geval van feitgecodeerde zaken, die sterk geautomatiseerd worden verwerkt, kan echter best, met realiteitszin en zonder schaamte, van een beschikkingenfabriek worden gesproken. Denk ook aan de handhaving in het kader van de Wahv; en ook de CVOM en het CJIB zijn hier schoolvoorbeelden.

Bestuursrecht: grote diversiteit in organisatie en taakstelling; strafrecht: eenduidige organisatie met bestraffing als hoofdtaak

Het algemeen bestuursrecht is van toepassing op zeer uiteenlopende vormen van bestuur: discretionair en gebonden bestuur, bestuur zonder en met derde-belanghebbenden, beschikkingenateliers en beschikkingenfabrieken. Gedeeltelijk ligt het accent van besturen op uitvoering. Dat is bijvoorbeeld het geval bij zelfstandige bestuursorganen zoals het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv) en de Sociale verzekeringsbank (Svb). Hetzelfde kan worden gezegd voor onderdelen van ministeries, zoals de Belastingdienst (ministerie van Financiën) en de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO, ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap). Dergelijke instanties nemen enorme aantallen beschikkingen, met inbegrip van boetebesluiten. Reeds vanwege deze aantallen is sprake van sterk regelgeleid bestuur, ook waar het gaat om de bestuurlijke boetes.

Ook instanties als De Nederlandsche Bank (DNB), de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Autoriteit Consument en Markt (ACM) nemen beschikkingen en leggen boetes op, echter in aanzienlijk minder grotere aantallen. Mede daarom is sprake van meer maatwerk, eveneens in de context van de rechtshandhaving. In dit kader is veelal sprake van zelfstandige bestuursorganen: organen die bewust op afstand van de politiek zijn gezet, niet in de laatste plaats met het oog op een rechtmatige handhaving.

Van weer andere orde is de besluitvorming en rechtshandhaving van decentrale bestuursorganen. Dat decentrale organen eigen beleid mogen vaststellen ter invulling van hun beleidsvrijheid om bijvoorbeeld vergunningen te verlenen of bestuurlijke boetes op te leggen, heeft een grotere impact dan de keuzevrijheid waarvoor het strafrechtelijke opportuniteitsbeginsel staat. Zo staat het handhavingsbeleid van b&w of gs onder politieke verantwoordelijkheid jegens gemeenteraad of provinciale staten. Politieke beïnvloeding is met name aan de orde waar het gaat om de vaststelling van het algemene handhavingsbeleid op een bepaald beleidsterrein. Dan gaat het tevens om de vraag naar de plaats en rol van de bestuurlijke boete (indien voorhanden) binnen het gehele handhavingsarrangement.

In een ruwe onderverdeling kan het bestuur blijkens het voorgaande worden onderscheiden in ten minste drie categorieën:

- (A) Financieel, gebonden bestuur zonder derde-belanghebbenden;
- (B) Regulators;
- (C) Decentraal (politiek) bestuur.

⁷⁴ Rapport Procureur-Generaal 2014, p. 11, onder verwijzing naar Openbaar Ministerie, Perspectief op 2015. Een zichtbaar, merkbaar en herkenbaar OM, p. 22.

Het OM heeft gezien zijn magistratelijke statuut een geheel eigen karakter. Het meest verwant aan het OM is categorie B, waar het gaat om regulators die op afstand van de politiek zijn gezet. Maar ook dit is relatief, in aanmerking genomen dat deze regulators anders dan het OM vooral taken hebben op het vlak van vergunningverlening en reparatoire handhaving.

Naast een verschil in organisatiesoorten is er – het werd zojuist aangestipt – een verschil in takenpakket. Kenmerkend voor het bestuur is dat bestraffing daarvoor maar bijzaak is. Immers, bestuursorganen dragen zorg voor de infrastructuur, ruimtelijke ordening en milieu, onderwijs, werkgelegenheid, sociale zekerheid, et cetera. In dat kader zijn zij belast met het ontwerpen van plannen, nemen van beslissingen over het verlenen van vergunningen en ontheffingen op uiteenlopende beleidsterreinen, het verstrekken van sociale uitkeringen, het verlenen van subsidies, enzovoorts. Bestuursorganen dienen ook te bevorderen dat de bij of krachtens wettelijke voorschriften gestelde normen worden nageleefd. Dit is echter niet de hoofdtaak, maar een afgeleide, bijkomstige taak (wat niet wil zeggen dat sprake is van een vrijblijvende taak; in tegendeel: er geldt een beginselplicht tot handhaving in zoverre het gaat om het beëindigen van overtredingen oftewel om herstelsancties).

In de bestuursrechtelijke context vormt het opleggen van bestuurlijke boetes normaliter een bijkomstigheid. Soms, zoals op het terrein van de sociale zekerheid en de belastingen, is een boetebeschikking min of meer een aan een ander besluit annex beschikking. In andere gevallen is de bestuurlijke boete een sanctie die pas aan het eind van een handhavingstraject in beeld komt. Hierbij speelt een rol dat het bestuursorgaan met bepaalde normadressaten een langdurige relatie onderhoudt (en in dat kader ook afhankelijk kan zijn van de normadressaat). Binnen dergelijke rechtsbetrekkingen zullen vaak meerdere besluiten in het geding zijn en meerdere belangen tegen elkaar worden afgewogen. Ook het voorgaande werpt een bijzonder licht op de taak van het OM bij bestuurlijke strafbeschikkingen in relatie tot het bestuurlijke beleid.

6. Consequenties voor de keuze tussen bestuurlijke boete en strafbeschikking

Vooraf

In deze paragraaf wordt voor de onderscheiden vormen van bestuur – A Financieel, gebonden bestuur zonder derde-belanghebbenden, B Regulators, en C Decentraal (politiek) bestuur – nader ingegaan of het verstandig is de bestuurlijke boete te vervangen door de (bestuurlijke) strafbeschikking.

Aangetekend wordt dat hier om een redenering op hoofdlijnen gaat. Vooraf moet voorts worden opgemerkt dat de driedeling in soorten bestuur relatief is. Gemeentelijke sociale diensten en hun boetepraktijk, bijvoorbeeld, vertonen sterke overeenkomsten met het onder A bedoelde bestuur.

Daarnaast zijn er geheel eigensoortige vormen van bestuur: bestuursvormen die bij geen van de drie onderscheiden soorten zijn onder te brengen. In het bijzonder moet worden gedacht aan bepaalde vormen van samenwerking tussen (meestal maar niet altijd) gelijksoortige bestuursorganen.⁷⁵

Dat het hier alleen gaat om de mogelijkheid en wenselijkheid van vervanging van de bestuurlijke boete door de strafbeschikking heeft ermee te maken dat in deze bijdrage wordt uitgegaan van de situatie dat beboetbare feiten en feiten die worden bestraft met een strafbeschikking qua aard en ernst in beginsel inwisselbaar zijn. Mocht het te zijner tijd komen tot een verdere uitrol van de strafbeschikking in de richting van feiten waarvan – volgens de heden ten dage relevante indicatoren –

⁷⁵ Op basis van bijvoorbeeld een covenant of gemeenschappelijke regeling.

algemeen wordt aangenomen dat deze niet tot het domein van de bestuurlijke boete behoren, dan zou dat de keuze tussen bestuurlijke boete, strafbeschikking en de gewone strafrechtelijke dagvaardingsprocedure compliceren (vooral wanneer niet op wetgevingsniveau maar op uitvoeringsniveau (inclusief beleidsniveau) een keuze tussen de drie stelsels moet worden gemaakt).

Financieel, gebonden bestuur zonder derde-belanghebbenden

Op dit gebied bestaat het beboetbare feit met name in schending van een inlichtingenplicht (Belastingdienst: geen of onjuiste aangifte; Uvw, SVB, DUO, colleges van B&W: schending van de verplichting voor de uitkering relevante gegevens door te geven). Het gaat hier met andere woorden vooral om overtreding van administratieve voorschriften. Mede vanwege de sterke afhankelijkheid van de overheid van de burger als het gaat om het kunnen beschikken over voor belastingheffing of uitkeringsverstrekking noodzakelijke informatie, wordt voor schending van een inlichtingenplicht vrij standaard een boete opgelegd (in de sociale zekerheid ook wettelijk verplicht).

Waar boetes annex aan andere besluiten, zoals naheffing en herziening en terugvordering, worden opgelegd, worden de verschillende besluiten veelal tegelijk of kort na elkaar genomen en aan betrokkene bekend gemaakt. Dientengevolge is het op bepaalde terreinen gebruikelijk dat bestuurlijke boetes, eventueel al in dezelfde bezwaarschriftprocedure en anders indien ook maar enigszins mogelijk – door voeging – in dezelfde beroepsprocedure, samen met andere (herstel)besluiten worden beoordeeld. In deze situatie, die doet denken aan een ‘besloten context’ in extremis, is met andere woorden vaak sprake van concentratie van procedures. Deze concentratie heeft grote voordelen voor zowel het bestuursorgaan als de overtreder. Zou men deze concentratie doorbreken (op de zeer omvangrijke terreinen van het socialezekerheidsrecht en het belastingrecht), dan zou opeens een vermenigvuldiging van grote aantallen procedures plaatsvinden (procedures over naheffing respectievelijk herziening en terugvordering bij de bestuursrechter, procedures over de strafbeschikking bij de strafrechter). Daar is werkelijk niemand mee gediend. Indachtig het nemo debet bis vexari, vooral ook de justitiabele niet.

Daar komt bij dat in dit bestek de boetehoogte veelal afhangt van het benadelingsbedrag. Omdat het de bestuursrechter is die bevoegd is het door het bestuur vastgestelde benadelingsbedrag in het reparatoire traject te beoordelen, ligt het voor de hand dat deze rechter leidend is. Verder moet worden voorkomen dat – bij de strafrechter, maar overigens ook bij de bestuursrechter – een zaak over een bestraffende sanctie loopt, terwijl de bestuursrechter het reparatoire besluit nog, in eerste aanleg of in hoger beroep, moet beoordelen.

Dit wil niet zeggen dat niets pleit voor de strafbeschikking op het gebied van het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht. Zo is splitsing van een (reparatoir) bestuursrechtelijk en een (punitief) strafrechtelijk traject verdedigbaar met het argument dat oordelen in eerstgenoemd traject over de feitenvaststelling geen bindende betekenis (formele rechtskracht) krijgen voor laatstgenoemd traject.⁷⁶ Voorts heeft de keuze voor de strafbeschikking, mits het niet gaat om de bestuurlijke strafbeschikking (want anders zouden die problemen blijven), het voordeel dat problemen rond de zogeheten sfeerovergang – de in de praktijk vaak vloeiende overgang van rechtmatigheidstoezicht naar boete- of opsporingsonderzoek – worden gereduceerd: er zouden werkelijk Chinese walls worden opgetrokken. Verder kan waar het gaat om gemeentelijke boetes voor het OM een rol als bewaker van de gelijke behandeling zijn weggelegd (met name op het vlak van de boetehoogte); het argument van de

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:822.

rechtsgelijkheid gaat niet op voor de landelijk opererende instanties (Belastingdienst, Uvw, SVB en DUO).

Het grootste knelpunt van de combinatie van reparatoir bestuursrecht en de (bestuurlijke) strafbeschikking is dat er een multiplier op rechtsbeschermingprocedures komt te staan. Daarmee is de keuze voor deze strafbeschikking boven bestraffend bestuursrecht alleen al uit financieel oogpunt onwenselijk. Het is juist zaak om herstel- en bestraffende besluiten zoveel mogelijk gecombineerd en in een en dezelfde bestuursrechtelijke procedurelijn te behandelen. Dat is ook – niet voor niets – staande praktijk in het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht. Hiermee is geconcludeerd dat vervanging van de bestuurlijke boete door de (bestuurlijke) strafbeschikking voor de onderhavige categorie geen aanrader is. In tegendeel.⁷⁷

Regulators

Deze vorm van bestuur heeft betrekking op landelijk opererende toezichthouders met de status van zelfstandig bestuursorgaan. Het gaat met name om DNB, AFM en ACM. Daarnaast zijn er landelijk opererende toezichthouders die hiërarchisch ondergeschikt zijn aan een minister. Te denken valt aan de Inspectie SZW (onderdeel van het ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid), de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT, onderdeel van het ministerie van Infrastructuur en Milieu), de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit, NVWA, en het Agentschap Telecom (beide onderdeel van het ministerie van Economische Zaken).⁷⁸

DNB en AFM, de regulators op het terrein van het financieel bestuursrecht, hebben naast reparatoire (last onder dwangsom) en punitieve (bestuurlijke boete) handhavingsbevoegdheden voorts bevoegdheden tot vergunningverlening. Kenmerkend voor dit beleidsterrein is een principle based-benadering met bijbehorende open normstelling. De keuze voor dit type normstelling is ingegeven door de dynamiek in het financieel bestuursrecht. Opeenvolgende productinnovaties zouden erin kunnen resulteren dat nieuwe financiële producten buiten de wet vallen; aan de hand van open normen kan dat worden voorkomen.⁷⁹ Dergelijke normen worden niet alleen ingevuld door (publiekrechtelijke) beleidsregels en aanverwante soft law, maar ook door (private) veldnormen. De principle based-benadering brengt mee dat de normadressaten als deskundige professionals op hun een eigen verantwoordelijkheid voor de invulling van de norm worden aangesproken. Communicatie tussen de financiële toezichthouders en de financiële branches, zowel over deze normstelling in het algemeen als over het gedrag van een individuele ondernemer, vindt veelvuldig plaats, en is van invloed op diverse elementen van een sanctiebesluit (duidelijkheid norm, verwijtbaarheid, zwaarte van de sanctie). Inzet is compliance,⁸⁰ waarbij het opleggen van een bestuurlijke boete het sluitstuk vormt.⁸¹

⁷⁷ De omgekeerde oplossing, namelijk dat de strafbeschikking voorop staat en reparatoire beslissingen volgend zijn en dientengevolge door de strafrechter worden beoordeeld (de strafrechter als belastingrechter en socialezekerheidsrechter) is irreëel en blijft daarom onbesproken.

⁷⁸ De inspecteurs-generaal van de ILT en de NVWA zijn bekleed met de bevoegdheid tot het uitvaardigen van strafbeschikkingen.

⁷⁹ Bij open normen kunnen zich vragen rond het lex certa-beginsel (bepaaldheids- of bepaalbaarheidsgebod) aandienen, in het bijzonder in het kader van de rechtshandhaving. Om zulke vragen te voorkomen en de eindverantwoordelijkheid van het bestuur te accentueren, is een stelsel ontworpen waarin schending van bepaalde open normen niet meteen wordt gesanctioneerd, maar pas nadat een (concretiserende) gedragsaanwijzing is gegeven. Zie voor de last onder dwangsom artikel 1:79 Wft met bijlage, en voor de bestuurlijke boete artikel 1:80 Wft met bijlage. Zie nader Bröring en Van Vorselen 2013. Blijkens hun analyse worden in het bestuursrecht zeker geen lichtere eisen ontleend aan het lex certa-beginsel dan in het strafrecht.

⁸⁰ Door toepassing van de bij de financiële toezichthouders populaire theorie van Sparrow kan dit verder gaan dan alleen de handhaving van juridische normen.

In het financieel bestuursrecht is de alles-in-één-handgedachte pregnant aanwezig. Dit hangt samen met de complexiteit van het object van de regulering en de wijze van normstelling, waarbij meer dan op andere terreinen de interactie tussen bestuursorgaan en normadressant een rol speelt (rond één bepaalde gedraging of, als het gaat om grote financiële instellingen, min of meer permanent). Dit sluit vervanging van de bestuurlijke boete door de bestuurlijke strafbeschikking niet uit: een financieel toezichthouder kan alle relevante informatie aan het OM verstrekken, met inbegrip van die over de context van de overtreding, zoals de algehele compliance-opstelling van de overtreder. De compliance-gerichte aanpak van de financieel toezichthouders gaat evenwel gepaard met terughoudendheid bij het uitdelen van bestuurlijke boetes. Het is niet uit te sluiten dat die terughoudendheid groter wordt wanneer de bestraffende sanctionering in de strafrechtelijke sfeer wordt ondergebracht. Verder zou vervanging van de bestuurlijke boete door de bestuurlijke strafbeschikking betekenen dat naast de toezichthouders en de bestuursrechters – de gespecialiseerde afdeling van de rechtsbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven – ook binnen het OM en bij de strafrechter expertise met betrekking tot het financieel recht moet worden opgebouwd en onderhouden (terwijl het om weinig rechtszaken gaat). Niet onbelangrijk is voorts dat het in het kader van de verzetsprocedure onder controle staan van het OM voor instellingen als DNB en AFM bepaald niet vanzelfsprekend is.

In dit licht is op het gebied van het financieel recht vervanging van de bestuurlijke boete door de bestuurlijke strafbeschikking geen verandering waarvan de noodzaak of wenselijkheid evident is. Zo men hier toch meer ruimte voor het strafrecht zou willen zien, zou gedacht kunnen worden aan toekenning van vervolgingsbevoegdheid aan de financiële toezichthouders (waarmee het vervolgingsmonopolie van het OM zou worden doorbroken). Daartegen kan als nadeel worden ingebracht dat de toch al sterke machtspositie van de financieel toezichthouders ten opzichte van de ondertoezichtgestelden verder zou worden versterkt. Dit zou – nu de toezichthouder zelf de stok van het strafrecht in handen heeft – polariserend kunnen uitwerken, wat zich moeilijk verdraagt met de compliance-benadering.

Mede gezien de uiteenlopende wetten en beleidsterreinen waar deze toezichthouder over gaat, is het voorgaande voor de ACM slecht gedeeltelijk van overeenkomstige toepassing. Dit kan betekenen dat de keuze tussen bestuurlijke boete en bestuurlijke strafbeschikking niet voor alle beleidsterreinen van de ACM hetzelfde hoeft te zijn. Materiedeskundigheid vormt steeds een belangrijk aandachtspunt. Illustratief is het mededingingsrecht, waar zowel voor vergunningverlening als handhaving specifieke kennis over omzetten en economische verhoudingen is vereist.

Voor de landelijk opererende toezichthouders die hiërarchisch ondergeschikt zijn aan een minister ligt het weer anders. In het algemeen beschikken deze instanties minder dan andere handhavers over vergunningverleningsbevoegdheid. Voor zover zij wel een dergelijke bevoegdheid hebben, pleegt het te gaan om een bevoegdheid die rechtstreeks voor de handhaving van belang is. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de bevoegdheid tot aanwijzing van een instelling met certificeringsbevoegdheid.

De hier besproken regulators en toezichthouders hebben in vergelijking met de andere categorieën een grote handhavingstaak. Hun handhavingstaak is in vergelijking met die van het OM minder repressief: een aanzienlijk deel bestaat in controle ex ante, gericht op verbetering van de compliance (en dus voorkoming van bestraffing). Andere relevante factoren bij eventuele vervanging van de bestuurlijke boete door de bestuurlijke strafbeschikking zijn de vereiste materiedeskundigheid en de onderlinge (toezichts)verhouding tussen OM enerzijds en regulators en toezichthouders (zbo, de minister) anderzijds. Aangezien laatstgenoemde instanties landelijk werken, verdient tot slot opmerking

⁸¹ Over paradoxale of zelfs tegenstrijdige handhavingsstijlen (samenwerken of straffen) Van de Bunt, Van Erp en Van Wingerde 2004.

dat het argument van de rechtsgelijkheid hier, net als voor een groot deel bij de vorige categorie (A), geen of minder gewicht in de schaal legt dan bij de volgende categorie.

Decentraal (politiek) bestuur

Een belangrijk deel van het bestuur is nadrukkelijk ingebed in een politieke context. Dit geldt niet in de laatste plaats voor decentrale bestuursorganen. Het contrast in cultuur met het magistratelijke OM is hier groot. Zo verschilt de focus bij de totstandkoming van (en de verantwoording voor de uitvoering van) het handhavingsbeleid op het politieke forum van gemeenteraad of provinciale staten aanzienlijk van de attitude binnen het OM.⁸²

Dit heeft bijzondere relevantie voor de (opportuiniteits)vraag of een boete dient te worden opgelegd. Gezien de door attributie verkregen eigen boetebevoegdheid mogen decentrale bestuursorganen op dit punt eigen boetebeleid vaststellen dat in beginsel door een andere instantie moet worden gerespecteerd. Door de rechter, maar ook door het OM bij diens bemoeienis met de opportuiniteitsvraag. Bij de decentrale overheden, die kunnen bogen op decentralisatie als een constitutioneel – in de Grondwet verankerd – beginsel, wordt zeer gehecht aan de bevoegdheid om de inhoud van het eigen beleid te bepalen, waarbij bijzondere betekenis toekomt aan de verantwoordingsrelatie die bestaat tussen de organen met handhavingsbevoegdheid en het vertegenwoordigende orgaan: de gemeenteraad of provinciale staten.

Het onderhavige aandachtspunt is onderkend in het kader van de toevoeging van Hoofdstuk IV, over de bestuurlijke strafbeschikking, aan het Besluit OM-afdoening. Ofschoon het in het bijzonder bij decentraal (politiek) bestuur speelt, gaat het om een aspect dat relevantie heeft voor alle bestuurlijke strafbeschikkingen en in verschillende stadia: bij de mogelijkheid van aansturing in de vorm van richtlijnen en in het kader van de verzetsprocedure, c.q. de vraag in hoeverre het OM in dat kader jegens bestuursorganen een toezichtsfunctie toekomt. Zie verder par. 7.

Bestuurlijke samenwerkingsverbanden

Tegenover de eenheid in organisatie van het OM staat de enorme fragmentatie van het bestuur. Dit laatste maakt het voor het OM, op terreinen waar die fragmentatie zich sterk doet gevoelen, niet eenvoudig om met het bestuur samen te werken. In het verleden zijn vaak pogingen ondernomen om de samenwerking tussen OM en bestuur te verbeteren. In het algemeen zijn deze pogingen geen succesverhalen. Tegelijkertijd heeft zich een ontwikkeling voorgedaan waarbij de rol van bestuurlijke lagen tussen de traditionele bestuurlijke organisaties sterk is toegenomen. Gedacht kan worden aan de zogenoemde 3D: de toekenning van (extra) taken aan gemeenten op het gebied van werk en inkomen (Participatiewet), zorg aan langdurig zieken en ouderen (Wet maatschappelijke ondersteuning) en jeugdzorg (Jeugdwet). 3D leidt tot nieuwe samenwerkingsvormen tussen bestuursorganen onderling en met private partijen, in het kader waarvan mogelijk ook handhavingstaken een nieuwe plaats krijgen.

Eerder al is een dergelijke ontwikkeling ingezet op het terrein van het omgevingsrecht: naar aanleiding van de bevindingen van de Cie. Mans zijn RUD's tot stand gekomen, met als belangrijk doel de versterking van de handhaving.⁸³ Niet alleen zou in de RUD's de deskundigheid worden

⁸² Zie Stijnen 2011, p. 20, die de invloed van democratische controle (op centraal of) decentraal niveau uitdrukkelijk aanvoert als een verschil met de situatie waarbinnen het OM opereert.

⁸³ Zie hierover Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015.

geconcentreerd; ook zou met de RUD's de handhaving meer op afstand van de politiek worden geplaatst. Daarmee zou de zorg voor de rechtsnaleving beter geborgd kunnen worden en zou de rechtsgelijkheid in de handhaving in een breder kader dan de individuele bevoegdheid van het individuele bestuursorgaan beoordeeld kunnen worden. Bovendien zou het bestaan van een beperkt aantal RUD's een praktische tegemoetkoming aan het OM betekenen, in aanmerking genomen dat het OM geen kans ziet om te overleggen en af te stemmen met honderden bestuursorganen.⁸⁴

Voor de inrichting van de bestraffende handhaving van het omgevingsrecht is dit inderdaad relevant. Wanneer de RUD's zich ontwikkelen zoals de Cie. Mans voor ogen heeft gestaan, kunnen daaraan consequenties worden verbonden bij de keuze tussen bestuurlijke boete en (bestuurlijke) strafbeschikking in dit domein van het bestuursrecht: het hechter aan elkaar klinken van bestuur en OM is minder problematisch wanneer de RUD's naar hun oorspronkelijke bedoeling gaan functioneren.⁸⁵ Vastgesteld moet echter worden dat veel RUD's zich afgemeten aan hun oorspronkelijke doelstelling teleurstellend ontwikkelen. Zo pleegt per RUD met een eigen model mandaatbesluit te worden gewerkt, terwijl de participerende overheden nog weer eigen keuzes op basis van het model plegen te maken.⁸⁶ Vervolgens zou de praktijk een nog verder gaande differentiatie kunnen meebrengen.⁸⁷ Per saldo lijkt in veel gevallen weinig meer te resteren dan een facilitair bedrijf, werkzaam ten behoeve van gemeentelijke rechtshandhaving.

In par. 7 wordt het aspect van de organisatie (en communicatie, coördinatie en toezicht) nader uitgewerkt, met het oog op de mogelijkheid van de (bestuurlijke) strafbeschikking met inbegrip van de plaats en rol van de verzetsprocedure. Daaraan voorafgaand een korte opmerking van meer abstracte aard over meer fundamentele veranderingen in de wijze van besturen en beslissen.

Digitalisering, open normen en netwerkstructuren

De wijze van besturen en beslissen is de afgelopen jaren voor zowel bestuurlijke als justitiële autoriteiten aanzienlijk en deels zelfs fundamenteel veranderd. Ofschoon er meer aan de hand is, wordt hier volstaan met een korte weergave van drie meer fundamentele veranderingen en hun (mogelijke) invloed op de rechtshandhaving.⁸⁸ Het gaat om achtereenvolgens de digitalisering, het vaker gebruiken van open normen en de vervanging van traditioneel ingerichte organisaties naar netwerkstructuren.

Waar de besluitvorming verregaand wordt gedigitaliseerd, niet alleen wat betreft de besluitvorming zelf maar ook wat betreft de daarvoor benodigde informatieverstrekking, vindt een verschuiving in de verantwoordelijkheidsverdeling tussen burger en overheid plaats: de verantwoordelijkheid van de burger voor de juistheid van het besluit neemt toe, terwijl de overheid zich meer gaat toeleggen op de controle achteraf (in eigentijdse taal: accentverschuiving voor de overheid van de voorkant naar de achterkant). Een dergelijke verandering kan leiden tot een grotere dynamiek in de vaststelling van rechtsaanspraken van de burger. Zij kan voorts doorwerken in de aanpak van de handhaving en in inhoudelijke aspecten die te maken hebben met de verwijtbaarheid aan het adres van de burger in relatie tot de voorlichtende hulp voor de burger van de zijde van de overheid. Dit alles

⁸⁴ Idem, p. 165, waar De Rijk wordt aangehaald, die opmerkt dat afstemming tussen OM en 400 gemeenten een heel eigen dynamiek heeft, wat volgens hem een praktisch punt is, 'maar wel van zeer groot belang.' Hij juicht om die reden de komst van omgevingsdiensten toe.

⁸⁵ Het aan elkaar klinken, is een uitdrukking gebezigd door de Cie. Michiels.

⁸⁶ Hierover Goeting 2015.

⁸⁷ Buitelaar 2015.

⁸⁸ Onbesproken blijft een andere ingrijpende verandering: de voortschrijdende Europeanisering en internationalisering.

heeft bijzondere impact voor het hierboven besproken bestuurstype A. Ook voor de andere typen bestuur heeft het relevantie.

Het toenemend gebruik van open normen leidt eveneens tot een verschuiving in de verantwoordelijkheidsverdeling tussen burger en overheid. Er ontstaan nieuwe onderzoeks- en informeerplichten die een nieuwe dynamiek in rechtsbetrekkingen tussen overheid en burger meebrengen. Daarbij krijgt soft law extra betekenis, met de complicatie dat in een aantal gevallen zowel soft law van publiekrechtelijke aard (met name beleidsregels) als soft law van privaatrechtelijke aard (zelfregulering, veldnormen) in het geding zijn. Het toenemend gebruik van open normen is op alle terreinen van het openbaar bestuur waarneembaar (grosso modo waarschijnlijk het meest bij het hierboven besproken bestuurstype B, en het minst bij bestuurstype A).

Met dit laatste hangt de opkomst van netwerkstructuren nauw samen. Weliswaar blijven er altijd identificeerbare (geattribueerde, gedelegeerde of gemandateerde) overheidsbevoegdheden, maar de procedure van toepassing van deze bevoegdheden en de invulling van de bijbehorende normen verlopen in toenemende mate op een wijze waarbij vergeleken met vroeger meer en andersoortige actoren betrokken zijn. Dit is het geval bij bestuurlijke samenwerkingsverbanden (D), maar doet zich even zeer voor in netwerken van één of meerdere bestuursorganen en private actoren (zoals bij bestuursvorm B).

Wat de geschetste ontwikkelingen precies voor de keuze tussen bestuurlijke boete en (bestuurlijke) strafbeschikking betekenen, is moeilijk te zeggen. Aan de ene kant kan bijvoorbeeld worden betoogd dat in bestuurlijke netwerkstructuren (juist) ook een taak voor het OM kan zijn weggelegd. Aan de andere kant kan een dergelijke setting een bedreiging gaan vormen voor de transparantie van de functie en verantwoordelijkheid van het OM. Wat betreft de voortschrijdende digitalisering op het terrein van de belastingen en het distributieve bestuur (sociale zekerheid, studiefinanciering; subsidies) geldt dat waar meer administratieve verantwoordelijkheid bij de burger wordt gelegd, er minder ruimte lijkt te zijn voor een repressieve benadering. Daarmee zou voor bestuurstype A het strafrecht (nog) verder uit beeld raken. Ook aan het toenemend gebruik van open normen kan, gezien de norminvullende rol van het bestuur in wisselwerking met de normadressaten, een argument ten gunste van bestuursrechtelijke handhaving worden ontleend. In elk geval moet worden gesignaleerd dat zich fundamentele ontwikkelingen voltrekken die in het keuzevraagstuk bestuurlijke boete - strafbeschikking doorwerken.

7. Verhouding tussen bestuur en OM nader beschouwd

Primaire fase

De besluitvorming voor de uitoefening van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete is grotendeels in de Awb geregeld. Uit artikel 4:81, eerste lid, Awb volgt dat het bestuursorgaan waaraan de boetebevoegdheid is geattribueerd bevoegd is ten behoeve van de eigen bevoegdheid eigen beleidsregels vast te stellen. Het vaststellen van beleidsregels voor de uitoefening van eens anders boetebevoegdheid is toegestaan in delegatieverhoudingen (lid 1) en wanneer daarvoor een uitdrukkelijke grondslag in een wettelijk voorschrift is te vinden (lid 2). Bij dit laatste valt te denken aan de verhouding tussen een minister een zelfstandig bestuursorgaan (art. 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).

Bestuursorganen met een strafbeschikkingsbevoegdheid zijn onderworpen aan toezicht en richtlijnen van het College van procureurs-generaal (art. 257ba, tweede lid, Sv). Waarborgen zijn dat bij

amvb voorschriften over het toezicht worden gegeven (idem), en dat het College voorafgaand aan de vaststelling van deze richtlijnen overleg dient te voeren met degenen ‘op wier gebruik van de bevoegdheid een strafbeschikking uit te vaardigen de richtlijn van invloed is, dan wel met organen die deze lichamen vertegenwoordigen’ (lid 3). De verhouding tussen bestuursorganen en OM doet denken aan de situatie als bedoeld in artikel 4:81, tweede lid, Awb.⁸⁹

Omdat er geen ondergeschiktheidsrelatie tussen OM en bestuursorganen bestaat, moet worden aangenomen dat er, althans in de primaire fase, geen andere aansturingsbevoegdheden voor het OM bestaan dan de richtlijnen en het toezicht waarop artikel 257ba, tweede lid, Sv ziet.⁹⁰ De wettekst zelf brengt geen beperkingen aan op de inhoud van de richtlijnen (en het toezicht). In de Nota van Toelichting bij het Besluit in verband met de invoering van de bestuurlijke strafbeschikking wordt over aansturing en controle het volgende opgemerkt:

‘Een uitgangspunt [...] is dat het bevoegde gezag (bij het toepassen van de bestuurlijke strafbeschikking) een grote mate van beleidsvrijheid toekomt ten opzichte van het OM. Het bevoegde gezag kiest bijvoorbeeld het in te zetten handavingsinstrument of de wijze waarop de buitengewoon opsporingsambtenaren in dienst van of werkzaam voor het bevoegde gezag worden ingezet bij de opsporing van de strafbare feiten waarvoor een bestuurlijke strafbeschikking kan worden uitgevaardigd. Wel dienen voorafgaand aan de inzet van het instrument van de bestuurlijke strafbeschikking door het bevoegde gezag duidelijke afspraken te worden gemaakt door dit gezag, het OM en de politie over de vormgeving en prioritering van de handhaving op milieuterrein.^[91] In handavingsafspraken kan worden vastgelegd voor welke overtredingen het bevoegde gezag zelfstandig optreedt, waar gezamenlijk optreden van het bevoegde gezag en het OM wenselijk is, waar strafrecht aan de orde is en waar flankerend bestuurlijk optreden gewenst is.^[92] Het College van procureurs-generaal houdt toezicht op de wijze waarop het bevoegde gezag gebruik maakt van zijn strafbeschikkingsbevoegdheid. [Dat] betekent niet dat het OM bindende aanwijzingen kan geven aan het bevoegde gezag betreffende de opsporing van feiten, noch dat het OM het bevoegde gezag in beheersmatige zin mag aansturen.’⁹³

Aansturing door het OM van bestuursorganen op opportuniteit en prioriteitstelling wordt hiermee uitgesloten. Dit is zeer verstandig, gezien eerdergenoemde aspecten zoals de afstemming in het kader van arrangementen van herstel- en bestraffende sancties en andere instrumenten die het bestuur voor zijn doelbereiking aanwendt. Waar het gaat om strafbeschikkingsbevoegdheid van organen van de decentrale overheid zijn bovendien het decentralisatiebeginsel (en subsidiariteitsbeginsel) en de focus op vertegenwoordigende lichamen een argument voor respectering door het OM van de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan.

De impact van laatstgenoemde factoren wordt vaak onderschat. Deze factoren staan voor een bepaalde cultuur waarmee in de verhouding tussen OM en bestuur rekening moet worden gehouden, niet alleen op het punt van de opportuniteit, maar mogelijk ook op dat van de strafmaat. Steeds opnieuw blijken zij een begrenzing te impliceren van wat bestuursorganen in het kader van hun eigen bevoegdheden van een andere instantie accepteren (de moeizame ontwikkeling van veel RUD's is

⁸⁹ Niet zozeer aan die van de delegatiesituatie. De wettelijke bevoegdheid van de delegans tot het vaststellen van beleidsregels voor de delegataris is omstreden. Uit principieel oogpunt is dat begrijpelijk. De beleidsregelgevingsbevoegdheid van de delegans is echter ingegeven door praktische overwegingen: beoogd wordt ingewikkelde delegatiebesluiten (onder voorwaarden en goedkeuringsclausules) te vermijden.

⁹⁰ Zie ook aanwijzing 5a van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁹¹ Er is geen reden om te veronderstellen dat hetzelfde niet ook buiten het milieurecht zou gelden.

⁹² Met het oog daarop is de richtlijn bestuurlijke strafbeschikkingsbevoegdheid milieu- en keurfeiten vastgesteld, met ‘juridisch-technische kwaliteitseisen’ waaraan bestuurlijke strafbeschikkingen moeten voldoen.

⁹³ Nota van Toelichting, par. 2.3, bij het Besluit van 5 april 2012, houdende wijziging van het Besluit OM-afdoening en enkele andere besluiten in verband met de invoering van de bestuurlijke strafbeschikking.

daarvan een illustratie). Binnen deze constellatie heeft vervanging van de bestuurlijke boete door de bestuurlijke strafbeschikking meer haken en ogen dan op zuiver juridische gronden kan worden verondersteld.

Bij de uitoefening van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete of het uitvaardigen van een strafbeschikking spelen meer bevoegdheids- en aansturingsvragen. Gedoeld wordt op de vraag of de bevoegdheid mag worden (gedelegeerd of) gemandateerd en wat daarvan de consequenties voor aansturingsmogelijkheden zijn.⁹⁴ Mandaatverlening van de boetebevoegdheid is blijkens de hoofdregel van artikel 10:3, eerste lid, Awb in beginsel niet uitgesloten.⁹⁵ Verder is van belang dat mandaat – per slot van rekening niets meer dan een vertegenwoordigingsconstructie – niet privaat werkt: de mandaatgever blijft bevoegd om zelf boetebesluiten te nemen (art. 10:7 Awb). Bijzondere aandacht verdient dat de mandaatgever de gemandateerde in allerlei soorten en maten instructies kan geven (art. 10:6 Awb).

Ingevolge artikel 1:6 Awb is in geval van een bestuurlijke strafbeschikking de Awb-regeling over attributie, delegatie en mandaat niet van toepassing. Afgezien van het toezicht en de richtlijnen in de zin van artikel 257ba, tweede lid, Sv is er in geval van een bestuurlijke strafbeschikking echter vrijwel geen verschil met het bestuursrecht.⁹⁶ Dit betekent bijvoorbeeld dat wanneer een aan een bestuursorgaan ondergeschikte functionaris strafbeschikkingsbevoegdheid is geattribueerd, deze functionaris te maken kan krijgen met zowel beleidsregels (en instructies) van het superieure bestuursorgaan als richtlijnen van het OM, waarbij deze beleidsregels (en instructies) en richtlijnen op gespannen voet met elkaar kunnen staan. Het voert voor deze bijdrage te ver om deze en aanverwante complicaties uit te werken.⁹⁷

Bezwaar- of verzetsprocedure

In het bestuursrecht vormt de bezwaarschriftprocedure de standaard rechtsbeschermingsprocedure – “voorprocedure” – voorafgaand aan het beroep bij de bestuursrechter. Het gaat om een procedure bij het bestuursorgaan waarvan het bestreden besluit afkomstig is. Er zijn vele inrichtingsvormen. In veel gevallen wordt gewerkt met een adviescommissie met een onafhankelijk voorzitter, maar noodzakelijk is dat niet. In geval van bestuurlijke boetes wordt in de bezwaarschriftprocedure nagegaan of de feitenvaststelling en -kwalificatie correct zijn. Ook is er bijzondere aandacht voor de vraag naar de evenredigheid van opgelegde boete. Steeds is het te doen om volledige heroverweging van het primaire boetebesluit (art. 7:11, eerste lid, Awb). Daarbij is er extra aandacht voor de omstandigheden van het geval. Wel moeten toepasselijke beleidsregels – net als wettelijke voorschriften – in beginsel worden gerespecteerd; dit is overigens van relatieve betekenis wat betreft beleidsregels over de hoogte van de bestuurlijke boete, gezien het inzoomen op de omstandigheden van het geval in verband met de

⁹⁴ Wel bepaalt het vierde lid van dit wetsartikel dat in geval van toepasselijkheid van artikel 5:53 (‘Verzwaarde procedure’) ‘mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet [wordt] verleend aan degene die van de overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt.’ Delegatie van boetebevoegdheid komt vrijwel nooit voor en blijft daarom buiten beschouwing.

⁹⁵ Afhankelijk van onder meer de zwaarte van de sanctie geldt eventueel een uitzondering. Opgemerkt wordt dat de aansturingsmogelijkheden in de relatie tussen OM en bestuursorganen geringer zijn dan die binnen het raamwerk van het OM zelf. Zie artikel 130, vierde lid, Wet RO. Daar is sprake van de bevoegdheid van het College om algemene en bijzondere aanwijzingen te geven. In de relatie tussen OM en bestuursorganen ontbreekt de mogelijkheid tot het geven van een aanwijzing in een individueel geval (een richtlijn is immers een algemene regel).

⁹⁶ Vgl. Rapport Procureur-Generaal 2014, p. 41.

⁹⁷ Zie voor een gedeeltelijke uitwerking Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma, Buwalda 2015, p. 159-167.

evenredigheid van de boetehoogte.⁹⁸ Naast de hoofdfunctie van het bieden van rechtsbescherming aan de rechtszoekende burger heeft de bezwaarschriftprocedure een aantal nevenfuncties.

Zo is er de filterfunctie ten opzichte van rechtspraak: de functie van het voorkomen van overbelasting van de rechter. De filterwerking van de bezwaarschriftprocedure verschilt naar gelang van het rechtsgebied. In het algemeen is haar filterratio echter zodanig, dat de bezwaarschriftprocedure aanzienlijk bijdraagt aan de efficiëntie van procedures.⁹⁹ Voorts kan in de bezwaarschriftprocedure compensatie plaatsvinden voor het gegeven dat het primaire besluit in mandaat werd genomen: het besluit op bezwaar wordt op een hoger niveau in de organisatie genomen, hetzij in mandaat door een hogere functionaris dan degene die in mandaat het primaire besluit heeft genomen, hetzij door het bestuursorgaan zelf.¹⁰⁰ In zoverre kan tevens (intern) toezicht plaatsvinden. In samenhang daarmee kan de procedure verder een leerfunctie voor het management vervullen: in de procedure komen fouten boven aan de hand waarvan in algemene zin kan worden geleerd en verbeteringen kunnen worden doorgevoerd.¹⁰¹

De verzetsprocedure tegen strafbeschikkingen is een procedure bij de strafrechter met tussenkomst van de officier van justitie (art. 257e Sv). Voor een vergelijking met de bestuursrechtelijke bezwaarschriftprocedure is vooral de rol van de officier van justitie interessant. Nadat verzet is gedaan, is de officier van justitie bevoegd de strafbeschikking schriftelijk in te trekken of te wijzigen (lid 8). Aldus komt hem een heroverwegingsfunctie toe, vergelijkbaar met die van de bezwaarschriftprocedure.¹⁰² Vanuit bestuursrechtelijk perspectief is de strafrechtelijke procedure intussen moeilijk te duiden. Afhankelijk van wie de strafbeschikking heeft uitgevaardigd, is er een parallel met de bezwaarschriftprocedure of met administratief beroep. In geval van een bestuurlijke strafbeschikking doet de verzetsprocedure denken aan administratief beroep. Het verzet tegen de strafbeschikking wordt immers beoordeeld door een ander orgaan dan het orgaan dat de strafbeschikking heeft uitgevaardigd. Daarmee dienen zich de van administratief beroep bekende vragen aan.

In hoeverre vervult de verzetsprocedure een rechtsbeschermingsfunctie? In hoeverre vervult de verzetsprocedure een functie van (extern) toezicht? Vindt controle op de feitenvaststelling, de juridische kwalificatie van het feit en de strafmaat plaats? Eveneens op opportuiniteitkwesities en handhavingsbeleid van het tot het uitvaardigen van de strafbeschikking bevoegde bestuursorgaan? In de Nota van Toelichting bij het Besluit in verband met de invoering van de bestuurlijke strafbeschikking wordt hierover het volgende gezegd:

‘ Gezien de beleidsvrijheid van het bestuur ten opzichte van het OM is er geen ruimte voor het OM om zaken op beleidsmatige gronden te seponeren door intrekking van de uitgevaardigde bestuurlijke strafbeschikking. Wel kan het OM de bestuurlijke strafbeschikking intrekken om juridisch-technische redenen.’¹⁰³

⁹⁸ Exceptieve toetsing blijft uiteraard mogelijk.

⁹⁹ Waarbij van betekenis is dat een procedure bij de rechter nogal duurder pleegt te zijn dan een bezwaarschriftprocedure.

¹⁰⁰ Zie in dit verband artikel 10:3, derde lid, Awb, dat eraan in de weg staat dat in mandaat op bezwaar wordt beslist door dezelfde functionaris als degene die in mandaat het primaire besluit heeft genomen (verbod van dubbelmandaat).

¹⁰¹ Er zijn meer functies te noemen. Zo kan de bezwaarschriftprocedure ook worden beschouwd als aansprakelijkheidsbeperkende voorziening voor het bestuur.

¹⁰² De wettelijke regeling van het strafrechtelijke heroverwegingselement is vergeleken met het bestuursrecht summier. Tot dusverre zijn mogelijke andere functies dan de rechtsbeschermings- en heroverwegingsfuncties van het heroverwegingstraject nauwelijks onderkend. Dit kan te maken met het jonge karakter van de procedure.

¹⁰³ Nota van Toelichting, par. 2.3, bij het Besluit van 5 april 2012, houdende wijziging van het Besluit OM-afdoening en enkele andere besluiten in verband met de invoering van de bestuurlijke strafbeschikking.

Geen heroverweging dus op beleidsmatige gronden. Hoewel dit rechtens dan anders moet worden gewaardeerd (hier geen beleidsvrijheid, maar volle evenredigheid), kan in de verzetsprocedure mogelijk wel bestuurlijk beleid over de strafmaat worden doorkruist. Dit is thans niet aan de orde, maar dat zou op termijn, bij de verdere uitrol van de strafbeschikking, kunnen veranderen. Dat de speelruimte voor de bepaling van de strafmaat rechtens anders moet worden gewaardeerd dan die ter zake van de opportuniteit, zal niet altijd afdoen aan hoe de doorkruising zal worden gepercipieerd door het bestuur. In zoverre zijn er naast juridische andersoortige argumenten om als officier van justitie in de verzetsprocedure, bij de heroverweging van bestuurlijke strafbeschikkingen, terughoudendheid te betrachten. Anders valt niet uit te sluiten dat dit averechtse gevolgen voor het uitvaardigen van strafbeschikkingen heeft. Belangrijker is dat de rechtsgelijkheid voor justitiabelen in het gedrang kan komen (een van de bedenkingen tegen administratief beroep).¹⁰⁴

Dit punt van de rechtsgelijkheid betreft het risico dat in de primaire fase (beleid bestuursorgaan) en in de heroverwegingsfase van het verzet (beleid officier van justitie) verschillend beleid wordt gehanteerd.¹⁰⁵ Consequentie zou zijn dat degenen die afzien van het doen van verzet aan ander beleid worden afgemeten aan degenen die verzet doen. Complicatie is dat meerdere officieren van justitie betrokken zijn, zodat een verschillende taakopvatting niet is uitgesloten.

Vindt de controle op feitenvaststelling, juridische kwalificatie en strafmaat, gegeven het karakter van extern toezicht, plaats door de officier van justitie zelf? Of afhankelijk van wie de strafbeschikking heeft genomen – het bestuursorgaan zelf of een functionaris namens het bestuursorgaan – in mandaat, maar dan door een “hogere” functionaris dan degene die de strafbeschikking in mandaat heeft genomen? Dit laatste, mandaat, zou in het licht van artikel 10:3, tweede lid onder c, Awb, dat een mandaatverbod kent voor het nemen van een besluit tot vernietiging van een door een ander bestuursorgaan genomen besluit, opmerkelijk zijn.

Het bovenstaande is niet prohibitief voor heroverweging na verzet door de officier van justitie. Wel moet worden geconcludeerd dat het OM zich hier magistratelijk dient op te stellen en de beleidsvrijheid van bestuursorganen dient te respecteren. Hiermee is gezegd dat in elk geval wat betreft de opportuniteit in veel gevallen de rechtsgelijkheid niet landelijk geborgd kan worden.¹⁰⁶ Wie dat niet wil, moet voor een andere oplossing dan de bestuurlijke strafbeschikking kiezen.¹⁰⁷

8. Andere (concrete) punten van verschil

Relativering

Het Advies van de Raad van State geeft het volgende overzicht van actuele punten van verschil tussen bestuursrecht en strafrecht: straftoemeting en bewijsvoering, griffierechten, schorsende werking van rechtsmiddelen, verjaring, hoorplicht en rechtsbijstand, beroepstermijn, en justitiële documentatie.¹⁰⁸ Opgemerkt werd al dat dit overzicht niet limitatief is. Zo zijn er nog de verschillen in inning en

¹⁰⁴ Bedenkingen die in kern te maken hebben met de combinatie van het bieden van individuele rechtsbescherming en het uitoefenen van extern toezicht, en die ertoe hebben geleid dat deze vorm van rechtsbescherming hoogst uitzonderlijk is geworden.

¹⁰⁵ In theorie kan het zelfs zijn dat er nog een derde beleid van toepassing is, namelijk dat van de rechter (rechterlijk strafmaatbeleid).

¹⁰⁶ Vanzelfsprekend ligt het voor landelijk opererende bestuursorganen anders dan voor bestuursorganen van de decentrale overheid.

¹⁰⁷ Als aangegeven, wordt de autonomie met name in gemeentelijke kring diep beleefd.

¹⁰⁸ Zie de Bijlage bij het Advies van de Raad van State.

bestemming van de opbrengst van de boetes. Verder kan worden gewezen op de al dan niet openbare berechting en het (niet-juridische) verschil in beleving in bestraffing door het bestuur dan wel door de strafrechter. In geval van de bestuurlijke strafbeschikking is dit laatste pas van belang wanneer verzet tegen de strafbeschikking is gedaan. Immers, pas dan komt de strafrechter in beeld.

De door de Raad van State geïntervieweerde punten zijn niet allemaal even belangrijk. Daarenboven moet men zich op elk punt afvragen waarom rechtseenheid wenselijk is. Het principe dat onverschillig of het om een bestuurlijke boete gaat of om een (bestuurlijke) strafbeschikking dezelfde procedurele voorschriften gelden, is op zich zelf aantrekkelijk maar niet dwingend. Dit neemt niet weg dat op enkele van de genoemde punten, waarbij in elk geval kan worden gedacht aan de *hoorplicht en rechtsbijstand*, de *schorsende werking van een rechtsmiddel* en de *verjaringstermijn*, ongetwijfeld meer eenheid kan worden bewerkstelligd.

Relevantie juridische context

Verschillen tussen voorschriften staan vaak niet op zich zelf, maar moeten in hun juridische context worden gezien (en blijken dan soms samen te hangen met andere verschillen). Een voorbeeld is de *beroepstermijn*. Het verschil op dit punt tussen strafrecht en bestuursrecht hangt samen met een verschil in wijze van bekendmaken. Wie het ene wil uniformeren (de termijn), zal dan ook het andere moeten uniformeren (de bekendmaking). Dat is om redenen van algemene systematiek van deze of gene rechtsstelsel – strafrecht of bestuursrecht – vaak niet aan te bevelen: het bevorderen van de ene rechtseenheid tast de andere rechtseenheid aan.

Een ander voorbeeld is het *griffierecht*. In het bestuursrecht is de eiser of appellant – blijkens artikel 7:15, eerste lid, Awb niet de bezwaarmaker – griffierecht verschuldigd, in het strafrecht niet. Maar in het strafrecht loopt men een zeker risico van sanctieverzwaring ten opzichte van de strafbeschikking, terwijl in het bestuursrecht, gelet op artikel 8:69, eerste lid, Awb, als uitgangspunt het verbod van reformatio in peius geldt. Weliswaar is in de diverse wetten op het terrein van de sociale zekerheid speciaal voor bestuurlijke boetes uitdrukkelijk de mogelijkheid van een reformatio in peius is geopend,¹⁰⁹ maar daarvan in de rechtspraktijk nooit gebruik worden gemaakt (er wordt vastgehouden aan de invalshoek in het bestuursprocesrecht van de individuele rechtsbescherming waarvan art. 8:69, eerste lid, Awb een uiting is; ook kan een rol spelen dat op het onderhavige terrein relatief (zeer) hoge boetes worden opgelegd). Ofschoon het griffierecht en het risico van sanctieverzwaring niet volledig op één lijn zijn te stellen, hebben beide als (neven)functie lichtvaardig procederen tegen te gaan.¹¹⁰

Overigens is (ook) in het bestuursrecht geen griffierecht verschuldigd wanneer het griffierecht de toegang tot de rechter – the right to access the court, dat besloten ligt in artikel 6 EVRM – zou belemmeren.¹¹¹

¹⁰⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 18a, twaalfde lid, Participatiewet: 'In afwijking van artikel 8:69 van de Algemene wet bestuursrecht kan de rechter in beroep of hoger beroep het bedrag waarop de bestuurlijke boete is vastgesteld ook ten nadele van de belanghebbende wijzigen.'

¹¹⁰ Voor wie met betrekking tot bestraffende sancties principieel tegen griffierecht is, is er de simpele oplossing van het afschaffen van griffierecht waar het gaat om beroep tegen bestuurlijke boetes.

¹¹¹ In het algemeen zijn de griffierechten in het Nederlandse bestuursrecht niet onoverkomelijk hoog (ook niet in vergelijking met het buitenland). Verder is van betekenis dat sprake is van een gedifferentieerde griffiestelsel, met onder andere een onderscheid tussen natuurlijke en rechtspersonen. Bovendien bestaat onder omstandigheden de mogelijkheid om door middel van één beroepsschrift beroep in te stellen tegen meerdere beslissingen, zoals herziening en terugvordering en een bestuurlijke boete.

Invordering en bestemming boetegelden

Wat betreft de *invordering* kan worden opgemerkt dat het door het CJIB verzorgde traject ook voor bestuursorganen aantrekkelijk is. Dit is echter niet per se een argument ten gunste van de strafbeschikking. Immers, het CJIB zou ook bij de inning van bestuurlijke boetes kunnen worden ingeschakeld. Iets dergelijk geldt omgekeerd op het punt van de *bestemming van de opbrengst van geldboetes*. Artikel 5:10 Awb bepaalt dat in geval van betaling wegens een bestuurlijke sanctie de geldsom toekomt aan het bestuursorgaan (diens rechtspersoon) dat de sanctie heeft opgelegd; in het strafrecht komt de geldsom toe aan de Staat. Omdat bestuursorganen, ook zij die niet tot de Staat behoren, in het kader van het uitvaardigen van strafbeschikkingen kosten maken, is het redelijk dat zij een (gedeeltelijke) vergoeding uit de boeteopbrengst ontvangen. Met het oog op het door decentrale overheden – of zbo's – uitvaardigen van strafbeschikkingen zou het strafrecht aldus aangepast kunnen worden. Voor wie in de regeling van artikel 5:10 Awb een perverse prikkel ziet, is er de oplossing dat alle boetes naar de algemene middelen gaan, vergezeld van een adequate financieringsregeling waarbij wordt geabstraheerd van in concreto opgelegde boetes.

Documentatie

Meer aandacht verdient de *justitiële documentatie*. Dat deze in een wet – de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens – en derhalve op eenduidige wijze voor het gehele strafrecht is geregeld, laat onverlet dat – uiteraard – ook het bestuursrecht vertrouwd is met voor bestraffing relevante informatievoorzieningen. Beleid waarbij voor het opleggen van een (verhoogde) bestuurlijke boete of het overdragen van een zaak aan het OM consequenties worden verbonden aan recidive of herhaalde recidive noodzaakt daar ook toe. Het verschil met de documentatie in het strafrecht is niet alleen dat deze zich kenmerkt door veel meer uniformiteit dan de documentatie in het bestuursrecht (met zijn vele en diverse bestuursorganen). Ook is een verschil dat de strafrechtelijke documentatie een landelijke dekking heeft. Dit houdt in dat men in het ene arrondissement kan beschikken over gegevens over een in een ander arrondissement gepleegd feit. Daarentegen is gegevensuitwisseling tussen (de vele en diverse) bestuursorganen praktisch vaak niet of maar beperkt mogelijk. Anderzijds is de bestuurlijke documentatie per normadressaat veelal aanzienlijk uitgebreider dan de strafrechtelijke, omdat de bestuurlijke documentatie tevens informatie pleegt te bevatten over onder meer vergunningverlening, algemene rechtmatigheidscontrole en reparatoire handhaving.

Minstens zo belangrijk is de betekenis van documentatie voor het verkrijgen van een verklaring omtrent het gedrag.¹¹² Bij de beslissing op een aanvraag van een dergelijke verklaring wordt rekening gehouden met de gegevens in het uittreksel justitiële documentatie (strafblad). Gegevens uit bestuurlijke documentatie zijn daarbij irrelevant. Dit verschil heeft te maken met het idee van criminalisering, dat het strafrecht wel en het bestraffende bestuursrecht niet of in veel mindere mate aankleeft. Ook hier geldt dat het verschil tussen wel (strafrechtelijke sanctie, inclusief een strafbeschikking van € 100 of meer) of geen (bestuurlijke boete) justitiële documentatie niet van wezenlijk belang hoeft te zijn voor de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht. Beide sanctiestelsel kunnen op dit punt immers nader tot elkaar worden gebracht, door voor het strafrecht de registratiegrens op te hogen en voor het bestuursrecht, aansluitend bij dezelfde registratiegrens, justitiële documentatie te introduceren. Daarbij kan heroverweging van de betekenis van registratie voor verklaringen omtrent het gedrag aangewezen zijn.

¹¹² Ook kan een strafblad een beperking opleveren voor het verkrijgen van een visum (VS).

Overwegend formele en procedurele verschillen

De door de Raad van State genoemde verschillen tussen strafrecht en bestuursrecht zijn overwegend formeel en procedureel van aard. Dat ligt ook voor de hand, want in essentie is het bestuurlijkeboeterecht in materieel opzicht strafrecht. Zo bezien, is de keuze tussen strafrecht en bestraffend bestuursrecht betrekkelijk.¹¹³

De sterke overeenkomsten tussen beide rechtsgebieden worden geïllustreerd door diverse bepalingen en leerstukken die in het bestuursrecht zijn overgenomen uit het strafrecht. Voorbeelden zijn artikel 5:1, tweede en derde lid, Awb, over de pleger en medepleger als overtreder,¹¹⁴ en het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 51, tweede en derde lid, Sr.¹¹⁵ Voorts onder andere artikel 5:4 Awb (legaliteitsbeginsel en verbod van terugwerkende kracht), artikel 5:5 Awb (geen bestuurlijke sanctie in geval van een rechtvaardigingsgrond), artikel 5:8 Awb (meerdaadse samenloop), artikel 5:10a Awb (cautieplicht en zwijgrecht), artikel 5:41 Awb (geen bestuurlijke boete zonder schuld), artikel 5:43 Awb (ne bis in idem) artikel 5:44 Awb (una via) en artikel 5:46 (wettelijk maximum en evenredigheid). Ook in de jurisprudentie wordt zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij het strafrecht. Denk bijvoorbeeld aan het leerstuk van de functionele dader. In dit verband kan eveneens worden gewezen op de zgn. Salduz-jurisprudentie.¹¹⁶

Zonder de relevantie van de formele en procedurele aspecten te willen miskennen, kan worden geconstateerd dat meer inhoudelijke aspecten van straftoemeting en bewijsvoering van groter belang zijn. Over het aspect van de straftoemeting is hierboven al het nodige gezegd (met als meest opvallende bevinding dat als gevolg van de hoogte van sommige bestuurlijke boetes het sanctiestelsel als geheel uit balans is geraakt). Het volgende aspect is nog onderbelicht gebleven.

Bewijsvoering

Wie er, zoals in deze bijdrage gebeurt, vanuit gaat dat het bestraffende bestuursrecht en het strafrecht zich qua aard en strekking niet wezenlijk van elkaar onderscheiden, is verrast door verschillen in bewijsrecht. Dit blijkt onder meer bij de betekenis die in een bestuursrechtelijke procedure wordt gehecht aan strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs. Men zou verwachten dat strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs in een bestuursrechtelijke procedure over een bestuurlijke boete in beginsel op eenzelfde wijze wordt behandeld als in het strafrecht (in beginsel, want uiteraard is van belang of dezelfde feiten en omstandigheden in het geding zijn). De vaste jurisprudentie wijst echter in een andere richting. Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:643. In geval van onherstelbare gebreken in het voorbereidend onderzoek kan de strafrechter, gelet op artikel 359a Sv, kiezen tussen niet-ontvankelijk verklaring van het OM in de vervolging, bewijsuitsluiting of strafvermindering; ook kan hij ervoor kiezen geen consequentie aan het verzuim te verbinden. In het belastingrecht, aldus de Hoge Raad, moet strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs buiten beschouwing blijven wanneer het recht op een behoorlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM

¹¹³ In aanmerking genomen dat in het strafrecht de bevoegdheid tot bestraffing geen exclusieve rechterlijke taak meer is.

¹¹⁴ Het bestuursrechtelijke begrip overtreding onderscheidt zich wel van het strafrechtelijke begrip overtreding. Dit is een bewuste keuze van de Awb-wetgever, ingegeven door de overweging dat het in het bestuursrecht doorgaans om betrekkelijk lichte normschendingen en sancties gaat.

¹¹⁵ Dat in de bestuursrechtelijke jurisprudentie al vóór de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb bekend was.

¹¹⁶ EHRM 27 november 2008, ECLI:NL:XX:2008:BH0402 (Salduz t. Turkye).

geschonden is. De Hoge Raad wijst in dit verband op schending van het recht op rechtsbijstand bij politieverhoor en het onder dwang verkrijgen van wilsafhankelijk materiaal. Echter:

‘Buiten deze categorie van gevallen waarin het recht van de belanghebbende op een behoorlijk proces op grond van artikel 6 EVRM noodzaakt tot bewijsuitsluiting, is de taak van de belastinginspecteur en de belastingrechter bij het vaststellen dan wel beoordelen van besluiten op grond van de belastingwetgeving niet vergelijkbaar met de taak van de strafrechter ten aanzien van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Uitsluiting van dergelijk bewijsmateriaal is in een belastingzaak immers in het algemeen geen aangewezen en evenredige maatregel om rechtmatig optreden van de met opsporing en vervolging van strafbare feiten belaste ambtenaren te stimuleren. Wel bestaat in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid dat uitsluiting van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs ook in een belastingzaak geboden is als rechtsstatelijke waarborg, omdat een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in zo aanzienlijke mate is geschonden, dat de uitkomst van dat onderzoek ook in een belastingzaak van het bewijs dient te worden uitgesloten. Die in NJ 2004/376 genoemde maatstaf is algemeen toepasbaar.[...]

Deze zeer terughoudende uitsluiting van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs in belastingzaken, in gevallen waarin artikel 6 EVRM daar niet toe dwingt, komt op een nog steeds adequate wijze tot uitdrukking in het “zozeer indruist”-criterium uit BNB 1992/306. De Hoge Raad ziet dan ook geen aanleiding om terug te komen van dit criterium en van de rechtspraak die aan de hand daarvan tot ontwikkeling is gekomen. [...] Indien sprake is van een (onherroepelijke) beslissing van de strafrechter over de (on)rechtmatigheid van de bewijsgaring en de bruikbaarheid van dat bewijs in een strafzaak, kan de vraag rijzen welke betekenis aan die rechterlijke beslissing toekomt bij de beoordeling van de bruikbaarheid van datzelfde bewijs in een belastingzaak.’

Dit wil zeggen dat de belastingrechter – of een andere bestuursrechter – zelfstandig, op basis van het eigen procesrecht, de feiten dient vast te stellen. Het betekent voorts dat de belastingrechter – of een andere bestuursrechter – niet is gebonden aan het (onherroepelijke) oordeel van de strafrechter, ook niet voor zover het om dezelfde feiten gaat en hem dezelfde bewijsmiddelen als de strafrechter ter beschikking staan.¹¹⁷ Dit is niet vanzelfsprekend.¹¹⁸ Belangrijk is hierbij de overweging dat een gemaakte keuze tussen bestuursrecht en strafrecht soms, gezien de enorme baaierd aan keuzefactoren, eigenlijk een kwestie van toeval is; toeval die niet beslissend mag zijn voor het niveau van rechtsbescherming met betrekking tot waarheidsvinding. Omgekeerd acht de strafrechter zich overigens ook niet gebonden aan het bewijsoordeel van de bestuursrechter.¹¹⁹

De gebrekkige aansluiting in bewijsvoering, ook buiten de nogal unieke situatie van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs, tussen bestuursrecht en strafrecht is terug te voeren op verschillen in doeleinden en beoordelingskader.¹²⁰ Waar de bewijsvoering rechtstreeks op het EVRM is geënt, lopen het bestuursrecht en het strafrecht niet wezenlijk uiteen. Dit geldt in elk geval voor de

¹¹⁷ De Hoge Raad is contrair gegaan aan de conclusie van A-G Wattel. In deze conclusie wordt gepleit voor meer aansluiting in het bestraffende bestuursrecht bij het strafrechtelijke bewijsrecht. Vgl. voorts Verbeek 2012. Verbeek constateert in dit kader enig verschil tussen de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep.

¹¹⁸ Vergelijk de rechtseenheid tussen bestuursrecht en privaatrecht waar het gaat om besluiten aansprakelijkheid (bestuursrechtelijke onrechtmatigheid impliceert privaatrechtelijke onrechtmatigheid). De naadloze afstemming tussen bestuursrecht en privaatrecht komt hier tot uitdrukking via de formele rechtskracht van besluiten en het gezag van gewijsde van uitspraken van de bestuursrechter ten opzichte van de burgerlijke rechter.

¹¹⁹ Zie de noot van Stijnen bij de publicatie van de uitspraak van de Hoge Raad in AB 2015/187, die verwijst naar HR 11 mei 2004, NJ 2004/606, m.nt. Buruma, en HR 15 maart 2011, JB 2011/114, m.nt. Sillen.

¹²⁰ In geval van de uitspraak van de Hoge Raad, waarin belastingrecht en strafrecht onder één dak zitten, ten minste niet op een versnipperde rechterlijke organisatie.

betekenis van het nemo tenetur-beginsel en wilsonafhankelijk materiaal. In zowel het strafrecht als het bestuursrecht is het Saunders-arrest hier maatgevend.¹²¹ Zo er verschillen zijn, lijken deze vooral verband te houden met wisselende accenten in de interpretatie van het nemo tenetur-beginsel zelf. De ratio van dit beginsel is nu eenmaal niet eenduidig.¹²²

Een enkele maal kent het bestuursrecht een wettelijke bewijsregel die niet in overeenstemming lijkt te zijn met artikel 6, tweede lid, EVRM (en evenmin met het strafrecht). Zo bepaalt het tweede lid van artikel 9.9 Wsf 2000 dat bij overtreding van artikel 1.5 Wsf, dat voorschrijft dat betrokkene dient te wonen op het adres waar hij staat ingeschreven, herziening plaatsvindt met ingang van de datum van de laatste adreswijziging van betrokkene in de basisregistratie personen. Deze bepaling heeft als ratio de bewijsnood waarin de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap komt te verkeren wanneer hij moet aantonen dat betrokkene niet alleen op de dag van constatering van normschending in overtreding was, maar ook al eerder. Om deze reden bevat artikel 9.9, tweede lid, Wsf 2000 een fictie voor de duur van de overtreding. Blijkens haar uitspraak van 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5173,¹²³ vindt de rechtbank Amsterdam een dergelijke fictie voor wat betreft de herziening en terugvordering 'niet onredelijk', maar voor wat betreft bestuurlijke boete, waarvan de hoogte is gekoppeld aan het bedrag van de terugvordering, onaanvaardbaar. De rechtbankuitspraak sluit aan bij de jurisprudentie volgens welke de *bewijsmaatstaf* in geval van bestuurlijke boetes het 'aantonen' van de overtreding is (tegenover 'aannemelijk maken' in geval van reparatoire sancties),¹²⁴ en de *bewijslast* in geval van bestuurlijke boetes bij het bestuursorgaan rust.¹²⁵ Welbeschouwd staat de kwestie van bewijsnood voor de minister en de daarvoor in de wet getroffen oplossing (een fictie) overigens los van het keuzevraagstuk bestuurlijke boete of strafbeschikking.

9. Overige (bestraffende?) bestuurlijke sancties

Variëteit

In deze bijdrage over de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke punitieve sancties verdienen ook andere bestraffende bestuurlijke sancties dan de bestuurlijke boete enige aandacht. Zo duidelijk het is dat de bestuurlijke boete een punitieve sanctie vormt en een "criminal charge" betreft, zo onduidelijk is dat voor een aantal andere figuren. Volgens sommige auteurs is hier en daar zelfs sprake van etikettenzwendel.¹²⁶ In het verleden is er discussie geweest over het (punitieve of reparatoire) karakter van onder meer de uitsluiting bij voorbaat, de vermindering van subsidie, de vermindering van schadeloosstelling, plaatsing op een zwarte lijst, plaatsing van een wielklem,¹²⁷ de

¹²¹ EHRM 17 december 1996, no. 43/1994/490/572 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk); met verfiningen in EHRM 3 mei 2001, AB 2002/343 (J.B. t. Zwitserland), EHRM 11 juli 2006, NJ 2007/226, m.nt. Schalken (Jalloh), en EHRM 5 april 2012, AB 2012/323, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik). Zie voorts bijvoorbeeld HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1359.

¹²² Ratio's zijn de wil van de verdachte, de bescherming van de verdachte en de betrouwbaarheid van het bewijs. In CBB 10 april 2014, AB 2014/313, m.nt. Stijnen, schemert het met dit laatste samenhangende pressieverbod duidelijk door.

¹²³ AB 2016/13, m.nt. Bröring.

¹²⁴ Zie bijvoorbeeld CRvB 30 juli 2014, AB 2014/363, m.nt. Stijnen.

¹²⁵ Zie bijvoorbeeld CRvB 7 november 2006, AB 2007/73, m.nt. Bröring.

¹²⁶ Zie Albers 2001. Eerder al werd de term gebruikt door D.H. de Jong, 'Wilde verkeersmanoeuvres van de regering', *DD* 1986, p. 433, die daarbij echter doelde op de vervanging van strafrechtelijke door bestuursrechtelijke handhaving.

¹²⁷ HR 18 oktober 1995, NJ 1996/72, BNB 1996/34, m.nt. Feteris.

vordering wegens meerinkomen (studiefinanciering) en gebruik van het anoniementarief (belastingen).¹²⁸ Veel discussie is er geweest over de vraag of de (veel voorkomende) maatregel in het socialezekerheidsrecht als bestraffend moet worden aangemerkt (behoudens uitzonderingen: neen).¹²⁹ Over de hier genoemde figuren is de jurisprudentie weliswaar genuanceerd, maar overwegend wordt geen sanctie met een bestraffend karakter aangenomen, met name niet omdat de bevoegdheid tot en bedoeling van leedtoevoeging afwezig is.¹³⁰ De laatste jaren is de aandacht voor het al dan niet bestraffende karakter verschoven naar enkele soorten besluiten, die hieronder beknopt worden besproken.

Intrekking van een begunstigende beschikking

Herhaaldelijk is er discussie geweest over de intrekking van een begunstigende beschikking – vaak een vergunning – als bestraffende sanctie. Voor de intrekking van een beschikking is soms een expliciete bevoegdheid aanwezig. Aanzienlijk vaker is echter sprake van een impliciete bevoegdheid daartoe. Dan wordt geredeneerd dat in de bevoegdheid tot verlening van een vergunning de bevoegdheid gelezen kan worden tot intrekking van de vergunning op dezelfde gronden als die waarop de vergunning mag worden verleend (specialiteitsbeginsel). Deze argumentatie is acceptabel voor zover het gaat om intrekking van een vergunning als herstelsanctie, niet voor intrekking als bestraffende sanctie. Intrekking als bestraffende sanctie heeft immers leedtoevoeging als oogmerk (art. 5:2, eerste lid aanhef en onder c, Awb).

Onjuist is in het algemeen dan ook het betoog dat de intrekking van een vergunning een bestraffend karakter aanneemt voor zover zij langer duurt dan noodzakelijk is om de rechtmatige situatie te herstellen: ook voor zover dat het geval is, gaat het om herstelsanctie, zij het dat deze voor zover zij langer duurt dan nodig is voor herstel – in plaats van haar te transformeren in een bestraffende sanctie – als onrechtmatig moet worden aangemerkt.¹³¹ Hiermee is gezegd dat intrekking van een begunstigende beschikking alleen een bestraffende sanctie vormt wanneer zij op een uitdrukkelijke (wettelijke) bevoegdheid tot leedtoevoeging berust.¹³² Een dergelijke bevoegdheid komt weinig voor. Dit betekent dat zich bij de bestuurlijke intrekking van een begunstigende beschikking in verhouding tot het strafrecht in beginsel geen *una via-* en *ne bis in idem*-problemen voordoen.

¹²⁸ Zie Bröring 2005a, p. 51-60.

¹²⁹ CRvB 21 december 1993, AB 1994/303, m.nt. WASD, CRvB 5 april 2000, JB 2000/144, m.nt. Albers, en CRvB 9 mei 2001, AB 2001, 228, m.nt. Bröring. Zie voorts CRvB 28 oktober 2010, JB 2009/22, en CRvB 7 december 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO6721. Uitzonderingen zijn CRvB 7 september 2009, AB 2010/46, m.nt. Bröring, JB 2009/242, m.nt. Albers, en CRvB 20 december 2011, AB 2012/94, m.nt. Ortlep, JB 2012/54, m.nt. Albers.

¹³⁰ Vgl. Van de Griend 2003.

¹³¹ Vgl. ABRvS 3 mei 2005, AB 2006/392, m.nt. Vermeer, JB 2006/190, m.nt. Albers, en ABRvS 15 december 2010, AB 2011/238, m.nt. Vermeer. Anders ABRvS 30 maart 2001, AB 2001/189, m.nt. Damen, JB 2001/129, m.nt. Albers, en CBB 22 maart 2002, AB 2002/200, m.nt. Veen, JB 2002/153, m.nt. Albers. Overigens komt het bestuursorgaan bij het bepalen van de duur van de intrekking als herstelsanctie in het algemeen veel beleidsvrijheid toe.

¹³² Idem, met betrekking tot de intrekking van subsidies, de Raad van State in zijn advies bij de Vierde tranche van de Awb (*Kamerstukken II*, 1993/94, 23 780, A. Zie voorts Michiels en De Waard 2007, p. 33-34.

Dat is anders uitgepakt in het kader van het alcoholslotprogramma (asp). Aanvankelijk werd geoordeeld dat het asp weliswaar een sanctie is (immers een reactie op een overtreding), maar enkel een reparatoire sanctie. Het asp is immers gericht op bevordering van de verkeersveiligheid door gedragsverandering van “zwarte drinkers”. In zoverre is er nauwe verwantschap met het – eveneens reparatoir bevonden – ongeldig verklaren van een rijbewijs wegens ongeschiktheid voor verkeersdeelname.¹³³

Voorgaande redenering werd echter niet voor alle gevallen gevolgd: mede op basis van de zaken *Malige* en *Nilsson* werd onder bepaalde omstandigheden een bestraffend karakter aangenomen.¹³⁴ Zo werd in 2014 door de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld dat de maatregel door het ingrijpende karakter ervan in de omstandigheden van het geval als ‘gebaseerd op een “criminal charge” moet worden aangemerkt.’¹³⁵ De zaak betrof een vrachtwagenchauffeur die de kosten voor deelname aan het asp niet kon betalen, daardoor zijn rijbewijs voor de duur van vijf jaar zou kwijtraken en gedurende die periode zijn beroep niet meer zou kunnen uitoefenen. Dit achtte de Afdeling bestuursrecht in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Vervolgens bracht zij de periode van vijf jaar terug naar ten hoogste twee jaar.

In zijn uitspraak van 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:434, gaat de Hoge Raad een stap verder. Hij overweegt dat onder de dan geldende Nederlandse wetgeving strafvervolgning van een verdachte wegens rijden onder invloed in die gevallen waarin de verdachte voor hetzelfde feit een onherroepelijk geworden verplichting tot deelname aan het asp is opgelegd, in strijd is met de beginselen van een goede procesorde. In verband met het aan artikel 68 Sr ten grondslag liggende ne bis in idem-beginsel werd het OM daarom niet-ontvankelijk verklaard.

Een dag later brengt de Afdeling bestuursrechtspraak het asp verder in de problemen. Zij overweegt dat de minister bij de vaststelling van zijn Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011 onvoldoende de mogelijk ingrijpende gevolgen van het opleggen van het asp heeft meewogen, terwijl op beschikkingenniveau het CBR onvoldoende beleidsvrijheid heeft om dat te compenseren. Om die reden wordt artikel 17, eerste lid, van de Regeling wegens strijd met artikel 3:4 Awb onverbindend geoordeeld. Het wachten is nu op nieuwe wetgeving waarbij, aldus expliciet de Afdeling bestuursrechtspraak, nadrukkelijk de problematiek van de samenloop met strafrechtelijke vervolging moet worden betrokken.

Naming and shaming

Omstreden is of waarschuwingen van en publiek, bijvoorbeeld consumenten, voor een overtreder, bestraffend van aard zijn. Strikt genomen, is de enkele publieksvoorlichting waarbij wordt gewaarschuwd voor een bedrijf dat voor het publiek relevante normen schendt geen bestuurlijke sanctie.¹³⁶ Het oogmerk van bestraffing kan echter wel degelijk – latent – aanwezig zijn. Los daarvan kan sprake zijn van dermate ingrijpend bestuur, dat reeds daarom een aparte wettelijke grondslag is vereist (in plaats van de algemene bevoegdheid tot actieve openbaarmaking als bedoeld in art. 8 Wob). In

¹³³ ABRvS 27 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3238.

¹³⁴ EHRM 23 september 1988, no 27812/95 (*Malige t. Frankrijk*), resp. EHRM 13 december 2005, no. 73661/01, AB 2006/285, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

¹³⁵ ABRvS 11 juni 2014, JB 2014/155, ECLI:NL:RVS:2014:2052.

¹³⁶ Er is immers ten opzichte van dit bedrijf geen sprake van een ‘opgelegde verplichting of onthouden aanspraak’ (art. 5:2, eerste lid aanhef en onder a, Awb).

samenhang daarmee kan er behoefte zijn aan een specifiek rechtsbeschermingsregiem. Te denken valt aan de regel dat pas tot publicatie mag worden overgegaan wanneer de sanctie onherroepelijk is geworden.¹³⁷ In de context van consumentenbescherming is publicatie na de heroverweging in bezwaar niet ongebruikelijk.¹³⁸ De materie moet in het bestuursrecht nog nader worden doordacht en geregeld, waarbij wellicht van de openbaarmaking in het strafrecht geleerd kan worden (ook wat betreft de rechterlijke uitspraken). Omdat in de praktijk niet blijkt van de problematiek van samenloop met strafrechtelijke vervolging wordt dit verder terzijde gelaten.

Bibob

Una via- en ne bis in idem-problemen doen zich niet voor waar het gaat om de weigering of intrekking van een vergunning op grondslag van de Wet Bibob. Deze wet beoogt te voorkomen dat de overheid meewerkt aan onrechtmatig (crimineel) gedrag waarbij gebruik wordt gemaakt van door haar verleende vergunningen. Bibob-beslissingen hebben daarmee trekken van een preventieve herstelsanctie. In elk geval is het vaste jurisprudentie dat deze beslissingen geen “criminal charge” betreffen.¹³⁹ Daaraan werd de consequentie verbonden dat met betrekking tot een weigering van een vergunning op basis van de Wet Bibob het onschuldvermoeden van artikel 6, tweede lid, EVRM niet van toepassing is.¹⁴⁰

In latere jurisprudentie is sprake van een verfijning: ‘indien in een bestuursrechtelijke procedure wordt teruggevallen op het feit dat een strafrechtelijke procedure aanhangig is of op een nog niet onherroepelijke veroordeling, [brengt] dit een zodanige band tussen de bestuursrechtelijke en de strafrechtelijke procedure [mee], dat artikel 6, tweede lid, [EVRM] in eerstgenoemde procedure van toepassing is.’¹⁴¹ De strafrechtelijke onschuldpresumptie kan dus doorwerken in de (niet bestraffende) Bibob-besluitvorming.

De toepasselijkheid van de onschuldpresumptie in de Bibob-besluitvorming wil nog niet zeggen dat de onschuldpresumptie ook is geschonden. Dat laatste is het geval wanneer het bestuursorgaan zijn besluit bijvoorbeeld baseert op het door betrokkene gepleegd hebben van bepaalde feiten, terwijl betrokkene nog niet door de strafrechter is veroordeeld. Dit ligt ook voor de hand. Voorts wordt gehandeld in strijd met de onschuldpresumptie ‘indien bij de besluitvorming twijfel wordt geuit over iemands onschuld met betrekking tot strafbare feiten waarvan deze onherroepelijk is vrijgesproken’.¹⁴²

De materie in nog niet uitgekristalliseerd, onder meer niet in samenhang met verschillen in bewijsvoering. Zij is in praktisch opzicht echter van gering belang. Daarbij is van betekenis dat bestuursorganen moeilijkheden op dit punt kunnen voorkomen door een “verstandige” Bibob-weigeringsgrond te kiezen, met name de grond van het vermoeden dat betrokkene in relatie staat tot een strafbaar feit (art. 3, tweede lid, Wet Bibob).

¹³⁷ Deze lijn werd gevolgd in het kader van de artikelen 1.97 en 1.98 Wet op het financieel toezicht. Zie echter CBB 5 juni 2008, AB 2009/88, m.nt. Cartigny, en CBB 24 april 2012, JOR 2012/220, m.nt. Voerman, Tillema, waarin openbaarmaking op een eerder tijdstip aanvaardbaar wordt geoordeeld.

¹³⁸ Zie hierover bijvoorbeeld ABRvS 10 november 2010, AB 2010/319, m.nt. Affourtit, Begering-Beck, JB 2010/319, m.nt. Wildeboer, JOR 2011/37, m.nt. Peek.

¹³⁹ Aldus ook EHRM 20 maart 2012, no. 18450/07 (Bingöl t. Nederland). Zie voorts B. van der Vorm, De Wet Bibob en de “criminal charge”, TBS&H 2014, p. 73-79.

¹⁴⁰ Zie onder andere ABRvS 22 november 2006, AB 2007/232, m.nt. Vermeer, en ABRvS 16 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD7378.

¹⁴¹ ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:331, AB 2015/146, m.nt. Van der Vorm, onder verwijzing naar EHRM 27 september 2011, no. 23272/07 (Hrdalo t. Kroatië). Zie voorts ABRvS 25 april 2012, AB 2012/207, m.nt. Tollenaar, en ABRvS 9 mei 2012, AB 2012/282, m.nt. Van den Berg en Van den Ende.

¹⁴² ABRvS 27 december 2012, AB 2013/70, m.nt. Van den Berg. Idem ABRvS 20 februari 2013, AB 2014/5, m.nt. Hirsch Ballin en Veldhuis, en ABRvS 13 november 2013, AB 2014/47, m.nt. Van der Vorm.

Openbare orde

Met name de burgemeester heeft op grond van de Gemeentewet (art. 172a en andere bepalingen van Hoofdstuk XI) meerdere bevoegdheden op het terrein van de openbare orde.¹⁴³ Ook voor deze bevoegdheden is uitgemaakt dat zij, hoe ingrijpend ze vaak ook uitwerken, geen bestraffend karakter hebben. Aandacht trekt dat de officier van justitie in artikel 509hh Sv een bevoegdheid tot het geven van een gedragsaanwijzing heeft die kan samenvallen met een bevelsbevoegdheid van de burgemeester of deze kan overlappen. Weliswaar is in artikel 172a, vijfde lid, Gemeentewet een afstemmingsvoorziening getroffen, maar daarmee zijn alle afstemmingsproblemen niet opgelost. Dat heeft niet in de laatste plaats te maken met de aanwezigheid van vele openbareordebevoegdheden naast elkaar.

Beoordeling

Wat aan deze overige sancties of maatregelen opvalt, is hun eigenstandige problematiek. Er zijn in meerdere of mindere mate raakvlakken tussen bestuursrecht en strafrecht, maar voor zover in de onderlinge verhouding tussen beide rechtsgebieden knelpunten bestaan, zullen vooral ad hoc-oplossingen moeten worden bedacht. De in deze paragraaf besproken onderwerpen zijn met andere woorden dermate specifiek en divers, dat algemene oplossingsrichtingen niet in beeld komen. Dit laat uiteraard onverlet dat juist waar er raakvlakken tussen beide rechtsgebieden bestaan, deze bijzondere aandacht verdienen; in het belang van een betere onderlinge afstemming en om van elkaar te leren.

Deel III

10. Slotbeschouwing

Diagnose: wat is het probleem?

Er zijn geen geluiden dat er met de (individuele) bestuurlijke boetes zelf op het vlak van bevoegdheid, zorgvuldige voorbereiding, beleidstoepassing, evenredigheid, motivering en termijnen veel mis is. Zulke geluiden zijn juist heel weinig te vernemen (getuige het Rapport van de Procureur-Generaal 2014 ligt dat anders voor strafbeschikkingen, maar dat zegt niet zoveel omdat dit rapport kan worden beschouwd als de neerslag van een invoeringsevaluatie). Evenmin kan meer in het algemeen worden volgehouden dat de rechtsbescherming op het terrein van het bestuursrecht onderdoet voor die op het terrein van het strafrecht: op ene aspect soort het ene rechtsgebied, en op het andere aspect scoort het andere rechtsgebied beter. Sterker nog, steeds vaker valt te beluisteren dat het met de rechtsbescherming met betrekking tot (lichte) bestuurlijke boetes wel een onsje minder mag (in vergelijking met andere, meer ingrijpende besluiten van het bestuur).¹⁴⁴ Toch zijn er – door de Raad van State – terechte zorgen geuit. Deze betreffen met name de onderlinge verhouding tussen beide rechtsgebieden en, daarmee, het handhavingstelsel als geheel.

¹⁴³ Ook de Wet rampen en zware ongevallen (art. 11) en de Wet openbare manifestaties (artt. 5-8) verdienen hier vermelding.

¹⁴⁴ Zie o.a. Den Houdijker 2015, 37-40.

Sinds de invoering op brede schaal van de bestuurlijke boete zijn er ontwikkelingen geweest die aanleiding geven om de verhouding tot het strafrecht opnieuw te overdenken. Zoals uit het Advies van de Raad van State naar voren komt, is het criterium van de *aard en ernst van het feit* en de daarmee samenhangende *zwaarte van de sanctie* voor de keuze tussen bestuurlijke boete en strafrecht niet meer voldoende onderscheidend. Meer in het bijzonder met het oog op de verhouding tot de bestuurlijke strafbeschikking hebben de argumenten van de versterking van de *eigen verantwoordelijkheid* van het bestuur (uitvoering en handhaving in één hand), de *completeering* van het bestuurlijk handhavingsinstrumentarium en de *materiedeskundigheid* het bestuur aan belang ingeboet. Kan de bestuurlijke boete daarom beter worden vervangen door de bestuurlijke strafbeschikking? Kan de bestuurlijke boete waar het gaat om ernstige feiten en zware sancties beter worden vervangen door strafrechtelijke bestraffing anders dan via een strafbeschikking?

Vervanging van het een door het ander is alleen zinvol als daarmee – zonder een nieuw (erger) probleem te creëren – een probleem wordt opgelost, hetzij binnen het bestuursrecht of strafrecht, hetzij in hun onderlinge verhouding, dat wil zeggen in het stelsel van de rechtshandhaving als geheel. Uit deze bijdrage komt naar voren dat er inderdaad serieuze knelpunten zijn. Een belangrijk knelpunt binnen het rechtsstelsel als geheel is de *onbalans in sanctiezwaarte*: in vergelijking met het strafrecht is in het bestuursrecht de boetehoogte op bepaalde terreinen doorgeschoten. Verder is er op onderdelen een *verschil in bewijsvoering*. Dit geldt eveneens het rechtsstelsel als geheel. In samenhang hiermee kunnen het ne bis in idem- en het onschuldbeginsel in het gedrang komen. Het gaat ook om een knelpunt binnen het bestuursrecht: vergeleken met het strafrecht, dat hier leidend wordt geacht, vergt de bestuursrechtelijke bewijsvoering in bepaalde gevallen nadere doordenking, mede in aanmerking genomen dat het verschil met het strafrecht in aard en ernst van het feit en daarmee samenhangende zwaarte van de sanctie veelal niet meer onderscheidend is.

Andere verschillen tussen bestraffend bestuursrecht en strafrecht zijn in het algemeen niet van wezenlijk belang. Wel of geen griffierecht, wel of geen schorsende werking van rechtsmiddelen, verschillen in termijnen (bezwaar en beroep of verzet; verjaring), in horen en rechtsbijstand, in bestemming van de boeteopbrengst: de ene oplossing is niet per se beter dan de andere, en waar dat wel het geval is, kan een aanpassing worden doorgevoerd zonder het hele stelsel overhoop te halen. Voor bepaalde aspecten, met name de justitiële documentatie, is er voor dergelijke aanpassing trouwens best iets zeggen. Vanzelfsprekend is een stelselwijziging de meest aantrekkelijke oplossing wanneer daarmee alle (ook de niet wezenlijke) knelpunten en verschillen worden weggenomen. Maar, zoals hieronder wordt uiteengezet, is dat gegeven de betrokkenheid van ten dele concurrerende inrichtingsprincipes geen sinecure.

Dit alles gaat mutatis mutandis op voor de in de vorige paragraaf besproken overige sancties en maatregelen. Bij deze sancties en maatregelen spelen sterk uiteenlopende vragen, die min of meer ad hoc kunnen worden opgelost. Zo geldt voor de bestraffende intrekking van een begunstigende beschikking dat de bevoegdheidsgrondslag daarvoor meer aandacht vergt. Ook voor naming and shaming geldt dat dit leerstuk in het bestuursrecht nog tot wasdom moet komen. Transplantatie van deze kwestie naar het strafrecht is, mede gelet op de Wob, geen oplossing. Idem en dito de beslissingen van de burgemeester op het terrein van de openbare orde en de beslissingen gebaseerd op de Wet Bibob: sommige onderwerpen zijn naar hun aard bestuursrechtelijk. Dit betekent vanzelfsprekend niet dat er geen nadere afstemming met het strafrecht nodig is. In tegendeel. Denk ook aan het asp.

Tegenover de geconstateerde verschillen staan de vele overeenkomsten tussen bestraffend bestuursrecht en strafrecht (legaliteitsbeginsel en verbod van terugwerkende kracht, una via, ne bis in idem, wettelijk maximum en evenredigheid). Het is niet gezegd dat dezelfde figuren, normen en leerstukken op beide gebieden altijd uniform worden uitgelegd en toegepast (alleen al omdat er af en

toe gewoon een fout wordt gemaakt), maar uniformiteit is wel wat wordt nagestreefd. Dit komt zelfs tot uiting waar een systeem inherent verschil in plaats en rol van de rechter aan de orde is (de bestuursrechter als besluitentoeser en de vol beslissende strafrechter). De bestuursrechter is zeker in bestraffende zaken geen marginaal toetsende rechter (trouwens: afgezien van de toetsing aan artikel 3:4, tweede lid, Awb buiten bestraffende zaken doorgaans ook niet). Zelfs is de bestuursrechter bereid gebleken als gevolg van repressieve wetgeving te hoge boetes op een meer structurele wijze te mitigeren (door de beleidsregels aan te pakken en zich dus niet te beperken tot het boetebesluit in het individuele geval). Dat de bestuursrechter daarbij niet altijd ontkomt aan een noodgreep (zoals de introductie pour besoin de la cause van een verfijning naar opzet, grove schuld en gewone schuld), doet daar niet aan af.

Kortom, de beoordeling van de evenredigheid van de opgelegde sanctie is in het algemeen ook bij de bestuursrechter in goede handen. Zoals zich op dit punt een ontwikkeling in het bestuursrecht heeft voltrokken, zo is er in het strafrecht een ontwikkeling geweest van toenemende aandacht voor de gelijke behandeling van justitiabelen door meer gebruik te maken van standaarden. Conclusie is dat waar de dragende beginselen van evenredigheid en gelijke behandeling in het geding zijn beide rechtsgebieden naar elkaar toe zijn gegroeid.

Wat is dus het probleem? Er zijn verhoudingsgewijs te hoge bestuurlijke boetes: dit is momenteel het allergrootste knelpunt.¹⁴⁵ Voorts bestaan verschillen in bewijsvoering, met consequenties op het vlak van ne bis in idem. En er is een hele reeks andere – weliswaar minder wezenlijke – verschillen. Per saldo kenmerkt het handhavingssysteem als geheel zich niet bepaald door eenvoud en rechtseenheid. Dat is onaantrekkelijk uit een oogpunt van, onder meer, rechtsgelijkheid.

Redeneerlijn en dragende principes

Hierboven zijn de problemen en knelpunten hoofdzakelijk beschreven in normatieve, juridische termen. In dit perspectief is het mooist een rechtssysteem met een heldere scheiding tussen besturen en bestraffen. Dit is niet alleen een kwestie van esthetiek: een heldere scheiding heeft voordelen in termen van eenvoud en rechtseenheid (functionele esthetiek). Verder moeten de volgende stappen in de volgende volgorde worden gezet.

Allereerst is onbetwist dat bepaalde zaken exclusief in het strafrecht thuishoren. Dan gaat het met name om zaken waarbij vrijheidsstraffen, ingrijpende dwangmiddelen, individuele letsel of schade dan wel een (anderszins) voor de maatschappij schokkende kwestie aan de orde is.

Even dwingend is dat steeds *dezelfde fundamentele rechtswaarborgen* van toepassing zijn (waarvan sommige meer procedureel van aard zijn). Dit is een gevolg van het gegeven dat de specifieke waarborgen voor bestraffing – zie met name artikel 6, tweede en derde lid, EVRM – ook voor het bestraffende bestuursrecht gelden. Voor essentiële aspecten als legaliteit, una via, ne bis in idem, nemo tenetur, de onschuldpresumptie, overige bewijselementen, gelijke behandeling en evenredigheid van de sanctie zou het in dit licht geen verschil mogen maken of de justitiabele met strafrecht of bestraffend bestuursrecht wordt geconfronteerd.

Vervolgens is van belang – het is eveneens een normatieve, juridische dimensie – dat bestraffing *in materieel opzicht in essentie strafrecht* is. Dit wil zeggen dat de desbetreffende strafrechtelijke leerstukken ook voor het bestraffende bestuursrecht van betekenis zijn. Sterker nog, in deze bijdrage

¹⁴⁵ Op het terrein van de sociale zekerheid inmiddels opgepakt met het Wetsvoorstel wijziging van de socialezekerheidswetten in verband met de regeling van de bestuurlijke boete, *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 396, nr. 2.

wordt het standpunt ingenomen dat deze strafrechtelijke leerstukken voor het bestuursrecht leidend zijn.

Dientengevolge is het kernverschil tussen strafrecht en bestraffend bestuursrecht een verschil in procedure. Gegeven het uitgangspunt dat bestraffing in materieel opzicht strafrecht is, ligt om redenen van eenvoud en rechtseenheid en daarmee samenhangende voordelen verder het uitgangspunt voor de hand dat bestraffing in de context van het strafrecht dient plaats te vinden: voor bestraffend bestuursrecht is alleen ruimte voor zover *procedurele en doelmatigheidsargumenten* dat indiceren.

Blijvende plaats voor de bestuurlijke boete

Er blijken inderdaad procedurele en doelmatigheidsargumenten te zijn die tot de slotsom voeren dat de bestuurlijke boete op een aantal terreinen niet of moeilijk is te vervangen door de bestuurlijke strafbeschikking. Dit is zeer duidelijk het geval waar het gaat om het omvangrijke gebied – met enorme aantallen beschikkingen – van financieel, gebonden bestuur zonder derde-belanghebbenden (belastingen, sociale zekerheid; studiefinanciering): splitsing in een bestuursrechtelijk traject en een strafrechtelijk traject zou tot zeer veel extra procedures leiden, zonder dat daar grote voordelen tegenover staan. Voortschrijdende ontwikkelingen van digitalisering brengen die voordelen niet dichterbij; gezien een verschuiving van verantwoordelijkheid van bestuur naar burger waarbij criminalisering minder gepast is, eerder in tegendeel. Niet doen dus.

Voor de door regulators en andere toezichthouders opgelegde bestuurlijke boetes is het iets minder duidelijk. Onder meer de betrokkenheid van open normen en netwerkstructuren met (publieke en private) soft law, de vereiste materiedeskundigheid en de compliance-benadering vormen voor vervanging van de bestuurlijke boete door de bestuurlijke strafbeschikking een contra-indicatie. Een contra-indicatie is ook de (toezichts)verhouding in de verzetsprocedure tussen OM en instanties als DNB en AFM. Zo men op het onderhavige domein toch meer ruimte voor het strafrecht zou willen zien, lijkt eerder toekenning van vervolgingsrecht aan deze regulators in beeld te komen. Maar daar tegenover staat het bezwaar van een teveel aan macht voor de toezichthouders en van (verdergaande) polarisatie; een polarisatie die haaks staat op de compliance-benadering.

Gedeeltelijk afgezien van met name bijstandsuitkeringen, waarvoor geldt wat hierboven over financieel, gebonden bestuur zonder derde-belanghebbenden is opgemerkt, ligt het voor de decentrale overheden en bestuurlijke samenwerkingsverbanden van deze overheden weer anders. Daar spelen vraagstukken van afstemming op herstelsancties, van (politiek georiënteerde) rechtscultuur, en van fragmentatie en (moeizame) pogingen om deze te overwinnen. De betrokkenheid van verschillende actoren en verschillende soorten beslissingen noodzaakt tot communicatie, samenwerking en afstemming, die nu eenmaal alle met knelpunten gepaard kunnen gaan. Hier ligt een uitdaging voor het OM, maar het blijft de vraag hoe aantrekkelijk zij voor het OM werkelijk is. Dit laat onverlet dat men, afhankelijk van hoe men tegen decentralisatie aankijkt, uit een oogpunt van rechtsgelijkheid aan bestraffing door het OM, een landelijke organisatie, de voorkeur zou kunnen geven boven bestraffing door decentrale bestuursorganen.

Meer in het algemeen geldt dat samenwerking tussen bestuurlijke en justitiële instanties die elk een eigen invalshoek hebben, elkaars inbreng op betekenisvolle wijze kunnen aanvullen. Anderzijds kan de handhaving er ook door bemoeilijkt worden, in aanmerking genomen het algemene ervaringsfeit dat over hoe meer schijven communicatie en besluitvorming moeten verlopen, hoe meer strubbelingen zich

(kunnen) aandienen. Ervaringen met vroegere samenwerkingsvormen leren dat ook in het bestek van de rechtshandhaving geldt: Two is a couple, three is a crowd.¹⁴⁶

Voor werkelijk complexe vraagstukken bestaan geen simpele oplossingen. Het vraagstuk van de meest optimale inrichting van het bestraffende handhavingsrecht is complex. Dat de afgelopen jaren tal van nota's en andere documenten met indicatoren voor de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht de revue zijn gepasseerd, is dan ook niet vreemd. Evenmin is vreemd dat meerdere van de in deze stukken aangevoerde indicatoren nog steeds zeggingskracht hebben; zo niet over de volle breedte van het vraagstuk, dan toch ten minste voor een of meer bepaalde beleidsterreinen.

Agenda

Begin 2016 is er nog altijd een gebrek aan coherentie in het punitieve sanctiestelsel als geheel. Kortom, er is werk aan de winkel. Naast de in par. 8 en par. 9 genoemde, betrekkelijk afgebakende knelpunten vergen, zo komt uit deze bijdrage naar voren, ten minste de volgende grotere onderwerpen maatregelen.

Het eerste – meest urgente – onderwerp is de strafmaat, c.q. de hoogte van sancties. Conform het Advies van de Raad van State moet worden geconcludeerd dat het ministerie van Veiligheid en Justitie hier meer regie moet voeren. Daartoe moet het ministerie dan uiteraard ook in staat worden gesteld (bijvoorbeeld op basis van door het kabinet ondersteunde afspraken met de andere departementen). Een regeling in de vorm van een Integraal Afwegingskader en, sterker, de Aanwijzingen voor de regelgeving kan hier behulpzaam zijn (al kan met de Raad van State worden geoordeeld dat dit niet ver genoeg gaat). Deze boodschap is primair gericht tot de wetgever.¹⁴⁷

Het tweede onderwerp is de bewijsvoering. Ofschoon verschillen in bewijsrecht tussen strafrecht en bestuursrecht zijn terug te voeren op wetgeving (wettelijk versus vrij bewijsstelsel), is hier primair een taak voor de bestuursrechters weggelegd. Wetgeving over dit onderwerp kan echter niet worden uitgesloten.

Het derde onderwerp betreft de plaats en rol van de officier van justitie in de verzetsprocedure, mede in vergelijking met de bestuursrechtelijke bezwaarschriftprocedure. Meer specifiek verdienen zowel de rechtsbeschermingsfunctie als de toezichtsfunctie en de filter- en leerfunctie van de verzetsprocedure studie. In dat kader dient onder meer te worden gekeken naar het (mandaats)niveau waarop de heroverweging wordt verricht dan wel het toezicht wordt uitgeoefend. Het evaluatie-onderzoek is vooral zinvol wanneer de strafbeschikking een (veel) groter bereik heeft gekregen. Reeds nu kan een verkennende, theoretische studie echter nuttig zijn.

Tegen de achtergrond van de vorige onderwerpen dient in de vierde plaats, op het niveau van de rechtspraak, meer inzicht te worden verkregen in het verschil tussen de rechter als besluitentoeser (bestuursrechter) en de op aangeven van het OM vol beslissende rechter (strafrechter). Hoe eigenstandig beslissen rechters in bestraffende zaken? Is het waar dat strafrechters in soortgelijke zaken

¹⁴⁶ Ook wel: Two is a company, three is a crowd.

¹⁴⁷ Ook het Wetsvoorstel wijziging van de socialezekerheidswetten in verband met de regeling van de bestuurlijke boete, *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 396, nr. 2, vormt een antwoord op het knelpunt te hoge boetes. De in dit voorstel getroffen oplossing kan gezien haar complexiteit echter afbreuk aan de doelmatigheid van de bestuurlijke bestraffing. Zie daarover *Kamerstukken II* 34 396, nr. 4 (Advies Raad van State), p. 1-7. Met de daar verwoordde kritiek komt het hieronder genoemde vijfde onderwerp van de agenda in beeld: zou er niet voor moeten worden gekozen de opzettelijke schending van de inlichtingenplicht in het strafrechtelijke spoor onder te brengen, en de bestuurlijke boete te beperken tot de overige feiten, waar – door het bestuursorgaan te bewijzen – opzet niet aan de orde is?

meer maatwerk leveren dan bestuursrechters? Zo ja, moet dat aanleiding vormen voor vervanging van de bestuurlijke boete door een strafrechtelijke sanctie.

Het vijfde en laatste – niet het minst weerbarstige – onderwerp is de afbakening tussen de bestuurlijke boete, de strafbeschikking en bestraffing via de gewone strafrechtelijke dagvaardingsprocedure. In deze bijdrage is nog uitgegaan van inwisselbaarheid van de bestuurlijke boete en de strafbeschikking (par. 6). Naar gelang het bereik van de strafbeschikking wordt, zou deze inwisselbaarheid nader aandacht kunnen vergen. Mogelijk moet dan de vraag daarbij worden betrokken of, zoals de Raad van State in zijn Advies lijkt te stellen, de (opschuivende) grens tussen strafbeschikking en bestraffing via de gewone strafrechtelijke dagvaardingsprocedure voor de boete als vertrekpunt moet worden genomen. In samenhang daarmee is het ook de vraag of, zoals de Raad van State verder suggereert, een tweedeling zou kunnen worden gehanteerd in (het niveau van) de rechtsbescherming in het punitieve bestuursrecht.¹⁴⁸ De afbakening tussen de bestuurlijke boete, de strafbeschikking en bestraffing via de gewone strafrechtelijke dagvaardingsprocedure is extra gecompliceerd omdat zich daarenboven de vraag aandient of op wetgevingsniveau dan wel op uitvoeringsniveau een keuze tussen de drie stelsel moet worden gemaakt.

Als allerlaatste dit. Gegeven de complexiteit van de schier oeverloze materie (er bestaan geen eenvoudige oplossingen), en in aanmerking genomen dat geen sprake is van urgente problematiek in die zin dat sprake is van ernstig disfunctioneren van de bestuurlijke boete (in het algemeen zijn er juist aanwijzingen voor het tegendeel), lijkt het verstandig om stapsgewijs op basis van prioriteitstellingen aan verbeteringen te gaan werken. Deze bijdrage, resulterend in een agendavoorstel, beoogt daaraan bij te dragen.

¹⁴⁸ Daarmee komt de huidige zgn. verzwaarde procedure voor bestuurlijke boetes in een nieuw daglicht te staan. Voorstelbaar is dat hierbij tevens het in deze bijdrage gemaakte onderscheid in typen bestuur wordt betrokken.

Strafrecht als stelsel van samenwerking

Prof. mr. B.F. Keulen

1. Inleiding

De verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht is geen rustig bezit. Drie recente voorbeelden kunnen dat illustreren. Het eerste betreft het in 2010 ingevoerde alcoholslotprogramma (verder asp).¹⁴⁹ De Hoge Raad besliste op 3 maart 2015 dat de bestuurder van een auto die onder invloed van alcohol heeft gereden en daarvoor een asp opgelegd heeft gekregen, niet meer strafrechtelijk voor dat rijden onder invloed kan worden vervolgd.¹⁵⁰ De beginselen van een behoorlijke procesorde kunnen, zo oordeelde de Hoge Raad, meebrengen dat een inbreuk op het beginsel dat iemand niet twee maal kan worden vervolgd en bestraft voor hetzelfde feit, de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie tot gevolg heeft. De Raad van State kwam een dag later tot het oordeel dat de bepaling in de Regeling maatregelen rijvaardigheid en rijgeschiktheid die uitputtend en dwingend bepaalt wanneer een asp moet worden opgelegd, in strijd komt met art. 3:4 lid 2 Awb, waarin het evenredigheidsbeginsel is neergelegd.¹⁵¹ Sindsdien wordt gesproken over een aanpassing van de regelgeving, waarbij onder meer in discussie is of het asp niet beter in het strafrecht kan worden geregeld.¹⁵²

Het tweede voorbeeld betreft het boetestelsel in de sociale zekerheidswetgeving. Op 1 januari 2013 traden de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving en het gelijknamige besluit in werking.¹⁵³ In het onderzoek 'Geen fraudeur, toch boete' doet de Nationale Ombudsman verslag van de werking van de wet in de praktijk.¹⁵⁴ Dat rapport schetst een onthutsend beeld van een onrechtvaardige handhavingspraktijk waarin disproportioneel hoge boetes worden opgelegd. De Centrale Raad van Beroep wijst enkele dagen voordat het rapport van de Nationale Ombudsman het licht ziet een uitspraak die al even kritisch is over de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving.¹⁵⁵ Hoewel deze wet voortvloeide uit onvrede met de eerdere toepassing van het strafrechtelijk sanctiestelsel, dat 'onvoldoende ontmoedigende werking' zou hebben op 'de categorie doelbewuste en calculerende fraudeurs', zoekt de Centrale Raad van Beroep steun bij de strafrechtelijke normering inzake fraude met uitkeringen om bij deze bestuurlijke boete een aangescherpte evenredigheidstoets vorm te geven (rov. 7.3 e.v.). De wetgever staat nu voor de vraag of de punitieve

¹⁴⁹ Zie de Wet van 4 juni 2010 tot wijziging van de Wegenverkeerswet in verband met de aanpassing van de Vorderingsprocedure en de invoering van het alcoholslotprogramma, *Stb.* 2010, 259.

¹⁵⁰ HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, *NJ* 2015/256 m.nt. B.F. Keulen (zie ook de ECLI-nummers 432 en 433).

¹⁵¹ ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, *AB* 2015/160 m.nt. R. Stijnen.

¹⁵² Vgl. onder meer *Kamerstukken II* 2014/15, 29 398, nr. 473, 482. Zie over de rechtspraak in verband met het asp uitgebreider Ten Kate 2015.

¹⁵³ Zie *Staatsbladen* 2012, nrs. 462, 484, 498, 531.

¹⁵⁴ Datum 4 december 2014, rapportnummer 2014/159 (www.nationaleombudsman.nl).

¹⁵⁵ CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754. Zie later over de Wet arbeid vreemdelingen ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138.

handhaving op het terrein van de sociale zekerheid mede naar aanleiding van deze uitspraak anders dient te worden ingericht.¹⁵⁶

Het derde voorbeeld betreft de punitieve handhaving van de Omgevingswet, die thans bij de Eerste Kamer aanhangig is. Aanvankelijk was het kabinet van plan over de volle breedte van de Omgevingswet de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete in te voeren. De Raad van State heeft zich daar in zijn advies tegen gekeerd; de noodzaak van deze aanpassing was onvoldoende onderbouwd.¹⁵⁷ Dat heeft het kabinet ertoe gebracht de tekst van het artikel inzake de bestuurlijke boete te laten vervallen en opdracht te geven tot nader onderzoek. In dat onderzoek wordt uiteindelijk, alles afwegend, voorgesteld om de kaarten in eerste instantie op de bestuurlijke strafbeschikking te zetten.¹⁵⁸ Daarbij speelt een rol dat het om een terrein gaat waar het openbaar ministerie en tal van bestuursorganen een taak bij de punitieve handhaving hebben. De Commissie Mans vestigde tegen die achtergrond eerder de aandacht op de bestuurlijke strafbeschikking.¹⁵⁹ Die is op dit terrein enkele jaren geleden ook ingevoerd.¹⁶⁰ Uit interviews die in het kader van het onderzoek naar de punitieve handhaving van de Omgevingswet zijn afgenomen, blijkt evenwel hoe verschillend over de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht en in het bijzonder over de keuze tussen bestuurlijke strafbeschikking en bestuurlijke boete wordt gedacht. Het Ministerie van Infrastructuur en Milieu heeft, nadat het onderzoek was afgerond, aan de voorzitter van de begeleidingscommissie opdracht gegeven om een soort second opinion uit te brengen.¹⁶¹ De besluitvorming over de inrichting van de punitieve handhaving van de Omgevingswet is nog niet afgerond.

Dat de verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht geen rustig bezit is, blijkt ook uit het recente Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State aan de Minister van Veiligheid en Justitie inzake sanctiestelsels.¹⁶² De kern van dit ongevraagd advies wordt, zo geeft de Afdeling advisering in de eerste zin aan, gevormd door een analyse van de ontwikkelingen die met name de bestuurlijke boete sinds de invoering heeft doorgemaakt. De verandering van de aard en context van de overtredingen die bestuursrechtelijk worden bestraft, maakt het naar het oordeel van de Afdeling noodzakelijk dat opnieuw naar het niveau van de wettelijk geregelde rechtsbescherming bij punitieve sancties wordt gekeken.

Mede naar aanleiding van dit (verwachte) ongevraagde advies heeft de Directie Rechtshandhaving en Criminaliteitsbestrijding van het Ministerie van Veiligheid en Justitie aan Herman Bröring en mij gevraagd onderzoek te doen naar de inrichting van de punitieve handhaving. De vraagstelling is daarbij betrekkelijk fundamenteel: aan ons is (onder meer) verzocht te onderzoeken op basis van welke principes en criteria de rechtshandhaving kan worden ingericht. Daarbij oordeelde de opdrachtgever het niet noodzakelijk dat wij met een gezamenlijke en eensluidende analyse zouden komen. Juist van een verschil in benadering en het doordenken van de consequenties die daaruit

¹⁵⁶ Vgl. onder meer *Kamerstukken II* 2014/15, 17 050, nr. 504. Vgl. voor een mogelijk antwoord op deze vraag Keulen 2015.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 4, p. 128-129, 133.

¹⁵⁸ Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015.

¹⁵⁹ Commissie Mans 2008, p. 41, 56-57.

¹⁶⁰ Besluit van 5 april 2012, houdende wijziging van het Besluit OM-afdoening en enkele andere besluiten in verband met de invoering van de bestuurlijke strafbeschikking, *Stb.* 150; in werking getreden op 1 mei 2012, *Stb.* 177.

¹⁶¹ Blomberg 2015.

¹⁶² Gepubliceerd in de Staatscourant van 14 september 2015, nr. 30280.

voortvloeien verwachtte de opdrachtgever toegevoegde waarde voor een discussie waaraan velen al een bijdrage hebben geleverd.

Mijn bijdrage begint met een verkenning van het vigerende stelsel, waarin punitieve handhaving zowel via het strafrecht als via het bestuursrecht kan plaatsvinden. In de volgende paragraaf wordt geschetst hoe dat stelsel is ontstaan, hoe een notitie uit 2005 en een nota uit 2008 orde in de keuze tussen strafrecht en bestuurlijke boete hebben proberen te brengen, en hoe het ongevraagde advies van de Raad van State daarbij aansluit. De Raad van State acht, terecht, een adequate en meer eenvormige rechtspositie van de justitiabele in het punitieve recht van groot belang. De Raad van State wil dat bereiken door rechtswaARBorgen in het strafrecht en het punitieve bestuursrecht meer op elkaar af te stemmen. Een adequate en meer eenvormige rechtspositie van de justitiabele kan evenwel ook worden gerealiseerd door de punitieve handhaving weer in ruimere mate via het strafrecht te laten lopen. Daaraan zitten belangrijke voordelen uit oogpunt van rechtseenheid, rechtsgelijkheid en inzichtelijkheid van het recht. Tegen deze achtergrond wordt verkend of de argumentatie van de Raad van State tot een keuze voor afstemming van beide stelsels dwingt, of dat het meer in de rede ligt het strafrecht zo aan te passen dat de punitieve handhaving in ruimere mate via dat stelsel kan lopen.

In de derde paragraaf staat centraal welke aanpassingen van het strafrecht bij een keuze voor de laatste optie in de rede zouden kunnen liggen. Daartoe worden een aantal (al dan niet veronderstelde) verschillen tussen strafrecht en bestuursrecht die eerder wel tot een keuze voor de bestuurlijke boete hebben geleid onder de loep genomen. De gedachte is dat aan de hand van een verkenning van deze verschillen onderdelen van ons strafrecht kunnen worden geïdentificeerd die aanpassing behoeven om de punitieve handhaving weer in ruimere mate via dat stelsel te kunnen laten lopen. Die verschillen bestaan onder meer op het terrein van het sanctierecht (in het bestuursrecht is naar geldend recht een strakkere normering van sanctietoemeting mogelijk) en bij de verdeling van verantwoordelijkheden over openbaar ministerie en bestuursorganen. Bezien wordt onder meer hoe aan bestuursorganen een volwaardige positie in het strafproces kan worden gegeven. Die voorstellen vormen min of meer het hart van deze bijdrage en hebben daarom de keuze van de titel bepaald.

Met een aangepast strafrecht zijn vanzelfsprekend niet alle problemen rond de inrichting van de rechtshandhaving opgelost. Er blijven een strafrechtelijk en een bestuursrechtelijk traject bestaan en de verhouding tussen beide trajecten vraagt onverminderd de aandacht. In de vierde paragraaf wordt de invloed van twee mensenrechtelijke beginselen op de vormgeving van de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht verkend. Het eerste is het non bis in idem beginsel. De gang van zaken rond het asp illustreert al dat dit beginsel bij de vormgeving van de verhouding tussen beide rechtsgebieden van groot belang is. Het non bis in idem beginsel kan er aan in de weg staan dat sancties met een punitief karakter zowel via het bestuursrecht als via het strafrecht worden opgelegd, in twee afzonderlijke procedures die volledig los van elkaar staan. Het tweede mensenrechtelijke beginsel dat van belang is bij de vormgeving van de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht is de onschuldpresumptie. Uit de rechtspraak van het EHRM inzake dit beginsel volgt dat er beperkingen zijn gesteld aan de mogelijkheden om sancties te baseren op gedrag waarvan de strafrechter de betrokkene heeft vrijgesproken.

In de slotbeschouwing, die een samenvattend en concluderend karakter heeft, wordt antwoord gegeven op de centrale vraag van dit onderzoek: op basis van welke principes en criteria kan de rechtshandhaving worden ingericht?^{163]}

2. Strafrecht en bestuurlijke boete

2.1 *De totstandkoming van het huidige stelsel*

Tot pakweg een kwart eeuw geleden was punitieve handhaving strafrechtelijke handhaving, enkele bijzonderheden als tuchtrecht daargelaten. Pas met de parlementaire behandeling van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (verder Wahv) kwam in dat beeld verandering.¹⁶⁴ Kern van deze wet was het tweede artikel. Dat bepaalde, kort gezegd, dat voortaan ter zake van de in de bijlage bij deze wet omschreven gedragingen op de wijze bij deze wet bepaald administratieve sancties werden opgelegd. En dat voorzieningen van strafrechtelijke of strafvorderlijke aard waren uitgesloten. Gedragingen waarbij letsel aan personen of schade aan goederen was toegebracht werden evenwel niet als dergelijke gedragingen beschouwd. Strafvervolging was in die gevallen derhalve nog steeds aangewezen.

Door de inwerkingtreding van de Wahv veranderde de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht rigoureus. In het strafrecht werd nog vastgehouden aan het bestraffingsmonopolie van de strafrechter en het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie. In het bestuursrecht was een bestraffingsmodel tot stand gekomen dat het primaat bij het bestuur legde. Dat model had een aantal aantrekkelijke kanten. Het was efficiënt en er werd een minder groot beroep gedaan op schaarse rechterlijke capaciteit. Het behoeft dan ook niet te verbazen dat in de jaren na de invoering van de Wahv op verschillende terreinen bestuurlijke boetes werden ingevoerd. Daarbij heeft het advies 'Handhaving door bestuurlijke boeten' van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten uit 1994 een belangrijke rol gespeeld.¹⁶⁵

Enkele jaren na de invoering van de Wahv won de gedachte veld dat het bestraffingsmonopolie van de strafrechter doorbroken zou moeten worden. In het strafrecht vond buitengerechtelijke afdoening op dat moment plaats via de transactie. Kern van de transactie is dat voorwaarden worden gesteld ter voorkoming van strafvervolging; als de verdachte daaraan voldoet, blijft dagvaarding achterwege (art. 74 Sr). Knigge stelde in zijn preadvies voor de NJV uit 1994 voor dat de officier van justitie bij beschikking een boete zou moeten kunnen opleggen. De verdachte zou vervolgens binnen een bepaalde termijn, die pas zou beginnen te lopen nadat hij met de beschikking bekend was geraakt, in beroep moeten kunnen gaan bij de rechter.¹⁶⁶ Dit preadvies kreeg een vervolg in het grondslagenonderzoek Strafvordering 2001

¹⁶³ Ik heb eerder geschreven over de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht (zie de bijgevoegde literatuurlijst). Aan die teksten heb ik in het navolgende fragmenten ontleend, als ik het nu niet in betere bewoordingen kon zeggen. De opdrachtgever is daarmee op de hoogte en akkoord.

¹⁶⁴ Wet van 3 juli 1989, *Stb.* 300. Zie over deze wet uitgebreider Barels 2010.

¹⁶⁵ Zie ook Michiels 1994. Vgl. ook al het rapport Rechtshandhaving (WRR-rapport nr. 35, 1988). Deze ontwikkeling is eerder en uitgebreider beschreven. Zie recentelijk bijvoorbeeld Mein 2015, hoofdstukken 1 en 2, met literatuurverwijzingen.

¹⁶⁶ Knigge 1994, p. 75-78.

waar Knigge samen met Groenhuijsen leiding aan gaf. In dit onderzoek werd de gedachte van een in het strafrecht te situeren met de bestuurlijke boete vergelijkbare vorm van buitengerechtelijke afdoening nader uitgewerkt.¹⁶⁷

Aan deze gedachte is gestalte gegeven met de Wet OM-afdoening.¹⁶⁸ Deze wet gaf de officier van justitie de bevoegdheid om, indien hij vaststelt dat een overtreding is begaan dan wel een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf is gesteld van niet meer dan zes jaar, een strafbeschikking uit te vaardigen. Daarin kunnen onder meer een taakstraf van ten hoogste honderdtachtig uren, een geldboete, een schadevergoedingsmaatregel en een ontzegging van de rijbevoegdheid voor ten hoogste zes maanden worden opgelegd (art. 257a Sv). Daarnaast kregen opsporingsambtenaren een beperkte mogelijkheid om strafbeschikkingen houdende een geldboete uit te vaardigen (art. 257b Sv). En ook aan lichamen of personen, met een publieke taak belast, kan sinds de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening binnen bij algemene maatregel van bestuur gestelde grenzen de bevoegdheid worden verleend een strafbeschikking uit te vaardigen (art. 257ba Sv; de bestuurlijke strafbeschikking). Deze bevoegdheid tot het uitvaardigen van een bestuurlijke strafbeschikking is in het Wetboek van Strafvordering terecht gekomen ingevolge een amendement van het Tweede Kamerlid Van Haersma Buma.¹⁶⁹ Het wetsvoorstel had deze bevoegdheid in een nieuw art. 37 Wet op de economische delicten (verder Wed) willen regelen. Daar zou het in de plaats zijn gekomen van het artikel dat de bestuurlijke transactie mogelijk maakte. Dat artikel had eerder de basis gevormd voor het Transactiebesluit milieudelicten, dat een aantal bestuursorganen voor in een bijlage van dit besluit opgenomen strafbare feiten een transactiebevoegdheid verleende.¹⁷⁰

Aan de mogelijkheden die art. 257ba Sv biedt is inmiddels invulling gegeven in het Besluit OM-afdoening (hoofdstuk IV). De bevoegdheid tot het uitvaardigen van een strafbeschikking is daarin voor nader onderscheiden feiten toegekend aan de directeurs van de Regionale Uitvoeringsdiensten, de dagelijkse besturen van de waterschappen, de hoofdingenieurs-directeur van de regionale en landelijke diensten van Rijkswaterstaat van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, de inspecteur-generaal van de Inspectie voor Leefomgeving en Transport van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, de inspecteur-generaal van de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en het college van gedeputeerde staten van de provincies, voor zover in de provincie of delen daarvan nog geen Regionale Uitvoeringsdienst is ingesteld (art. 4.2). De strafbare feiten waarvoor op grond van art. 257ba Sv onder nadere voorwaarden een strafbeschikking kan worden uitgevaardigd zijn omschreven in bijlage II van dit besluit.¹⁷¹ De bevoegdheid om een bestuurlijke strafbeschikking uit te vaardigen is nader genormeerd in de Richtlijn bestuurlijke strafbeschikkingsbevoegdheid milieu- en keurfeiten en de bijbehorende feitenlijst.¹⁷² Deze bevoegdheid wordt betrekkelijk veelvuldig gebruikt; volgens een door de opdrachtgever verstrekt, van het CJIB afkomstig overzicht waren op 8 juni 2015 sinds de inwerkingtreding in 2012 in totaal 2083 bestuurlijke strafbeschikkingen milieu binnengekomen.

¹⁶⁷ Zie Hartmann 1999 en Hartmann 2002.

¹⁶⁸ Wet van 7 juli 2006, *Stb.* 330. Zie over de OM-afdoening uitgebreider Kessler 2015 en Kooijmans 2007.

¹⁶⁹ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 18. Zie over het artikel en zijn oorsprong nader Kessler 2015, p. 122-127.

¹⁷⁰ Transactiebesluit milieudelicten, *Stb.* 2000, 320.

¹⁷¹ De per 1 april 2015 in werking getreden Aanwijzing OM-strafbeschikking (2015A004; zie www.om.nl alsmede *Stcrt.* 2015, 8971) spreekt ook nog van de bestuurlijke strafbeschikking overlast; dat is evenwel – zoals de in deze aanwijzing opgenomen begripsomschrijving duidelijk maakt – een strafbeschikking die door een BOA op grond van art. 257b Sv wordt uitgevaardigd.

¹⁷² De eerste (versie van de) richtlijn werd gepubliceerd in *Stcrt* 2012, 8342; de per 1 januari 2014 in werking getreden versie is te vinden via www.om.nl.

De wet kent nog een afwijkende regeling voor de strafbeschikking in fiscale en douanestrafzaken. Ten aanzien van de bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten met betrekking tot welke het proces-verbaal niet in handen van de officier van justitie is gesteld, kan uitsluitend het bestuur van 's Rijks belastingen een strafbeschikking uitvaardigen (art. 76 Algemene wet inzake rijksbelastingen, verder Awr). Daarin kan een geldboete worden opgelegd en kunnen een aantal nader omschreven aanwijzingen worden gegeven. Invordering van de in deze strafbeschikking opgelegde geldboete geschiedt, in afwijking van art. 257g Sv, op de wijze voorzien in de Invorderingswet. En er zijn meer afwijkingen van de reguliere strafvorderlijke procedure. Zo is het bestuur van 's Rijks belastingen belast met beslissingen inzake het al dan niet verstrekken van afschriften van deze strafbeschikkingen. Een vergelijkbare regeling is te vinden in art. 10:15 Algemene Douanewet.¹⁷³

Met de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening werd de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht wederom rigoureuus bijgesteld. Er zijn na de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening nog steeds verschillen, maar de overeenkomsten zijn sterk vergroot. In beide stelsels bestaat een procedure die bestuursorganen de bevoegdheid geeft om boetes op te leggen aan justitiabelen. Er is niet langer sprake van een kloof, waar het de efficiency van beide stelsels betreft. Daarmee is de verhouding tussen de beide stelsels er niet eenvoudiger op geworden. Hoe moet, gegeven het bestaan van beide stelsels, met de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht worden omgegaan?

2.2 *Criteria voor de keuze; een notitie en een nota*

In 2005, nog voordat de Wet OM-afdoening in het Staatsblad staat, komt Minister van Justitie Donner met een notitie waarin criteria voor deze keuze zijn opgenomen.¹⁷⁴ Die notitie stelt dat 'indien het wetsvoorstel OM-afdoening tot wet wordt verheven en in werking treedt, de weging van de argumenten die pleiten voor de ene of andere vorm van sanctionering, tot andere resultaten zal kunnen leiden dan thans het geval is' (p. 3). De gedachte lijkt te zijn dat voortaan een keuze voor het strafrecht dikwijls weer meer in de rede ligt. De notitie wijst erop dat het arsenaal van strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden veel verder strekt dan de toezichthoudende bevoegdheden van de Algemene wet bestuursrecht. De notitie stipt ook aan dat het openbaar ministerie bij strafrechtelijke handhaving het gezag over de handhaving heeft, 'terwijl het in goed overleg met de betrokken instanties ervoor kan kiezen de daadwerkelijke werkzaamheden en de daarbij behorende prioriteitsstelling over te laten aan de specifiek deskundige ambtenaren of bestuursorganen'. De gedachte is dat de coherentie binnen de handhaving met een dergelijke taakverdeling is gediend en dat daardoor 'meer eenheid ontstaat in de op te leggen sancties bij samenhangende overtredingen'.

Tegen deze achtergrond verbaast het niet dat de indicatoren die de notitie noemt veelal in de richting van strafrechtelijke handhaving wijzen. Indien het wenselijk is overtreding van de norm te bedreigen met een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende straf of maatregel, komt slechts het strafrecht in aanmerking (5). Indien nieuwe (al of niet alternatieve) punitieve sancties gewenst zijn,

¹⁷³ Zie daarover nader Kessler 2015, p. 127-129.

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 849, nr. 30. Eerder waren ook al wel criteria geformuleerd. Zie voor een overzicht Mein 2015, p. 72 e.v.. Aan deze eerder geformuleerde criteria komt voor dit onderzoek minder waarde toe, nu deze criteria uitgingen van een situatie waarin de Wet OM-afdoening nog niet in werking was getreden.

komt primair regeling in het strafrecht in aanmerking (6). Indien overtreding van de publiekrechtelijk te handhaven norm feitelijk steeds gepaard gaat met geweldstoepassing of het toebrengen van schade aan individuele personen, is dat een indicatie voor toepassing van het strafrecht (8). Voor ernstige normovertredingen zal eerder strafrechtelijke dan bestuursrechtelijke handhaving in aanmerking komen (9). Naarmate meer behoefte bestaat aan de mogelijkheid van openbare berechting komt het strafrecht eerder in aanmerking (10). Indien ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden nodig kunnen zijn om te komen tot waarheidsvinding en de oplegging van een sanctie, is toepassing van het strafrecht geïndiceerd (12). En indien in de praktijk te verwachten valt dat oplegging van een sanctie eigenlijk alleen kan worden geëffectueerd met gebruikmaking van strafrechtelijke middelen, is dat een contra-indicatie voor een bestuurlijke sanctie (13). Voor inzet van de bestuurlijke boete geeft de notitie welbeschouwd maar één, negatief geformuleerd criterium. Een bestuurlijke boete komt in aanmerking indien voor de vaststelling van de feiten en voor de oplegging van de sanctie geen ingrijpende bevoegdheden nodig zijn en bovendien verwacht mag worden dat in de praktijk doorgaans geen rechterlijk oordeel zal worden ingeroepen over de sanctie en de toegepaste bevoegdheden (14).

Los van de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht noemt de notitie indicatoren inzake de inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering. Ingeval het met het oog op bij een bestuursorgaan voorhanden deskundigheid of daar aanwezige menskracht wenselijk is het bestuursorgaan een bijzondere betrokkenheid bij de publiekrechtelijke handhaving te geven, bestaan volgens de notitie in hoofdlijn twee modaliteiten. Indien betrokkenheid van het openbaar ministerie niet nodig is en er ook overigens geen indicaties zijn voor toepassing van het strafrecht, kan gekozen worden voor bestuursrechtelijke handhaving (15). Indien gekozen wordt voor het strafrecht staan verschillende opties ter beschikking waaronder de optie van de bestuurlijke strafbeschikking (16).

De richtsnoeren die de notitie bevat, hebben niet een ieder kunnen overtuigen. In 2008 verschijnt een kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel.¹⁷⁵ Deze nota kent een heel ander vertrekpunt. Opvallend is daarbij dat de nota niet beargumenteert waarom de in 2005 geformuleerde indicatoren niet (langer) een goed richtsnoer zouden vormen. Gesteld wordt slechts dat de indicatoren 'bruikbare aanknopingspunten' bevatten (p. 4). Daardoor blijft het wat gissen naar de achtergronden van de nieuwe positiebepaling. Waarschijnlijk waren andere departementen dan dat van Justitie minder gelukkig met een notitie waarin criteria die in de richting van strafrechtelijke handhaving wezen domineerden.¹⁷⁶ Deze departementen werkten inmiddels op tal van terreinen met bestuurlijke boetes. Dat zou ook kunnen verklaren waarom de nota uit 2008 begint met de stelling dat handhaving door middel van de bestuurlijke boete op verschillende omvangrijke beleidsterreinen inmiddels een onmisbare functie vervult (p. 2).

De nota kent bij de keuze tussen strafrecht en bestuurlijke boete betekenis toe aan rechtsbetrekkingen die door wetgeving zijn ontstaan tussen overheidsinstanties enerzijds en burgers en bedrijven anderzijds. In veel gevallen, zo geeft de nota aan, bestaat in het kader van de uitvoering van de wet een rechtstreekse verbinding tussen een overheidsorgaan en de burger of het bedrijf. De nota noemt de burger als belastingplichtige of uitkeringsgerechtigde, en de ondernemer die met allerlei vergunningen te maken heeft. De overheid zou in een dergelijke besloten context tot taak hebben

¹⁷⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69.

¹⁷⁶ Vgl. de inleiding van het interview met dr. B. Berghuis dat is opgenomen in Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015. Daar kunnen de aarzelingen over het openbaar ministerie die in Verhey en Verheij 2005, p. 260 gesignaleerd worden een rol bij hebben gespeeld.

gericht toezicht te houden op naleving van de wet door burgers en bedrijven. In deze besloten context zou een voorkeur bestaan voor bestuursrechtelijke sanctionering. De bestuurlijke boete zou hier de andere bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten kracht bij kunnen zetten. En zij zou soms snellere en eenvoudigere mogelijkheden bieden dan reparatoire sancties (p. 6). Voor de handhaving van regels in een open context zou strafrechtelijke handhaving het uitgangspunt moeten zijn, 'met een dominante rol van de politie, buitengewoon opsporingsambtenaren en het openbaar ministerie (en de strafrechter)'. De nota maakt daarbij duidelijk dat het hier niet gaat om regels waarop geen uitzonderingen bestaan. Als in een besloten context vergaande inbreuken op burgerlijke vrijheden aan de orde zijn, zou het strafrecht bijvoorbeeld aangewezen zijn. En in een open context zou ook ruimte bestaan voor de bestuurlijke boete; de nota wijst onder meer op de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte (p. 8-9). Meer in het algemeen geeft de nota aan dat het ontwikkelde kader niet als dogmatisch moet worden gezien in de zin dat een bepaalde uitkomst zou kunnen dwingen tot een bepaalde keuze (p. 2-3).

Ook het in de nota ontwikkelde kader heeft niet iedereen kunnen overtuigen. Uit een schriftelijk overleg met de Eerste Kamer uit 2009 blijkt dat veel fracties kritiek hebben op de Nota.¹⁷⁷ De leden van de CDA-fractie valt het op dat voor het kabinet bij de keuze van het sanctiestelsel de effectiviteit van de handhaving voorop staat. Zou niet tevens moeten worden gezien welke waarborgen voor de burger van belang zijn? Ook de leden van de fracties van PvdA en GroenLinks missen aandacht voor de positie van de burger. En de leden van de VVD-fractie kunnen zich bij het onderscheid tussen de open en besloten context 'niet aan de indruk onttrekken dat naar een bepaald resultaat toe wordt gewerkt, namelijk om voor zoveel mogelijk situaties de bestuurlijke boete mogelijk (te) maken. De vraag is echter waar de balans ligt tussen enerzijds de effectiviteit van de handhaving en anderzijds de rechtsbescherming van de burger'. De leden van de CDA-fractie vragen zich af of een groot aantal afbakeningsproblemen die in de nota aan de orde komen niet zouden worden vermeden als tot uitgangspunt wordt genomen dat ook bij inzet van bestuurlijk toezicht en handhaving door bestuursorganen en bijzondere opsporingsambtenaren het vervolg plaatsvindt via de OM-afdoening. Uit de plenaire bespreking van de nota kan ook worden afgeleid dat veel leden van de Eerste Kamer weinig gelukkig zijn met de nota.¹⁷⁸ Bij latere gelegenheden vraagt de Eerste Kamer wederom de aandacht voor de bij de keuze tussen strafrecht en bestuurlijke boete te hanteren criteria.¹⁷⁹ Ook de Raad van State voelt weinig voor het criterium van de open en besloten context. Dat brengt de Raad in een groot aantal adviezen tot uitdrukking.¹⁸⁰ Het komt ook terug in het reeds genoemde ongevraagd advies aan de Minister van Veiligheid en Justitie, dat in de volgende subparagraaf wordt besproken.

Het criterium van de open of besloten context als richtsnoer voor de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht komt inderdaad niet overtuigend voor. Waarom zou in een besloten context eigenlijk een voorkeur voor beboeting door het bestuur bestaan? Zou het juist in een situatie van vergunningverlening en toezicht niet beter kunnen zijn om onafhankelijke derden in te schakelen zodra er wat zwaardere straffen op het spel staan?¹⁸¹ Dat is in het strafrecht verzekerd, met een openbaar

¹⁷⁷ *Kamerstukken I* 2008/09, 31 700 VI, J.

¹⁷⁸ Zie *Handelingen Eerste Kamer* 23 juni 2009, p. 1597-1606; antwoord minister p. 1619-1627.

¹⁷⁹ Vgl. *Kamerstukken I* 2011/12, 33 000 VI, E, p.4, waar wordt gewezen op een brief van 21 februari 2012.

¹⁸⁰ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 4, p. 6; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 356, nr. 4, p. 7; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 798, nr. 4, p.7-8.

¹⁸¹ In dit verband kan ook worden gewezen op het 'toezichthouderdilemma': als te snel wordt overgegaan tot het opleggen van een boete kan dat afbreuk doen aan de vertrouwensrelatie, als te lang wordt gewacht kan dat

ministerie dat niet met de uitvoering is belast maar wel met de vervolging. En waar beboeting door het bestuur in een besloten context desalniettemin (bijvoorbeeld om redenen van werkbesparing) wenselijk is, rijst de vraag waarom deze dan niet via een bestuurlijke strafbeschikking zou kunnen plaatsvinden. Een via een bestuurlijke strafbeschikking opgelegde boete kan bestuursrechtelijke herstelsancties ook kracht bij zetten. En een bestuurlijke strafbeschikking kan met dezelfde snelheid worden uitgevaardigd als een bestuurlijke boete. Het grootste bezwaar tegen het criterium van de open of besloten context is evenwel dat het niet verband houdt met juridische kenmerken van strafrecht en bestuurlijke boete, terwijl het daar bij de keuze tussen beide stelsels wel om zou moeten gaan. Mede om die reden doet het hanteren van het criterium van de besloten of open context bij de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht meer kwaad dan goed: argumenten en factoren die de keuze werkelijk bepalen kunnen zo buiten beeld blijven.¹⁸²

Ondertussen is het de vraag of deze en andere kritiek de nota uit 2008 werkelijk raakt. Uit de nota volgt zonneklaar dat zij er niet toe strekt een dwingend kader voor de keuze tussen strafrecht en bestuurlijke boete voor te schrijven.¹⁸³ Het doel lijkt vooral te zijn geweest het richtsnoer dat de notitie uit 2005 bood terzijde te stellen. Mogelijk heeft de vele kritiek op de nota er zelfs aan bijgedragen dat het doel dat het kabinet met de nota voor ogen had beter is bereikt. Het resultaat van die kritiek is immers feitelijk dat de keuze tussen strafrecht en bestuurlijke boete nog minder aan een afwegingskader gebonden is.

2.3 De Afdeling advisering van de Raad van State

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft, zo werd al aangegeven, in veel adviezen kritiek geleverd op het criterium van de open of besloten context. De Afdeling wil, zo blijkt uit deze adviezen, bij de keuze tussen strafrecht en bestuurlijke boete een ander criterium hanteren: de aard en ernst van het feit. De Afdeling advisering heeft dat standpunt recent neergelegd in het in de inleiding genoemde ongevraagd advies. Het bij de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht te hanteren criterium staat in dat advies echter niet centraal; het advies heeft een bredere strekking.

De aanleiding tot het ongevraagde advies is gelegen in de ontwikkelingen die met name de bestuurlijke boete sinds de invoering heeft doorgemaakt. De Afdeling signaleert dat 'tegenwoordig - anders dan oorspronkelijk de bedoeling van de bestuurlijke boete was - zware, complexe overtredingen bedreigd worden met hoge bestuurlijke boetes, en dat hoge boetes worden gesteld op relatief lichte feiten'.¹⁸⁴ De keuze voor het punitieve bestuursrecht wordt daarbij op basis van het criterium van de

schadelijk zijn voor het imago van de toezichthouder in de publieke opinie. Mein 2015, p. 243-248, laat zien dat vooral DNB met dit dilemma heeft geworsteld. Een verplichting om in nader omschreven situaties een ander overheidsorgaan te informeren en een gedeelde verantwoordelijkheid voor de handhaving kunnen wellicht bevorderen dat het overheidsorgaan na deze worsteling boven komt. Los daarvan kunnen de door Mein gesignaleerde verschillen in benadering van insiders en outsiders vragen oproepen uit oogpunt van rechtsgelijkheid die bij een tweedelijns betrokkenheid van een niet met toezicht belast overheidsorgaan mogelijk gemakkelijker kunnen worden beantwoord.

¹⁸² Vgl. Keulen 2011, p. 70, inzake de keuze om bij de WAM een bestuurlijke boete te introduceren. Vgl. ook Hartmann 2011, p. 40-41, met literatuurverwijzingen.

¹⁸³ Dat vrijblijvende karakter van het kader dat de nota schetst is nog eens onderstreept in *Kamerstukken II* 2012/13, 33 400 VI, nr. 80: het criterium van de open of besloten context is slechts het 'vertrekpunt' en laat alle ruimte voor een andere keuze.

¹⁸⁴ Zorgen over deze ontwikkeling waren eerder al uitgesproken in Verhey en Verheij 2005, p. 258.

open of besloten context snel gemaakt, 'terwijl de wetgever onvoldoende rekening houdt met de gevolgen van de keuze voor de justitiabele wat zijn rechtsbescherming en de rechtspositie betreft'. De verandering van de aard en de context van de overtredingen die bestuursrechtelijk worden bestraft, maakt het naar het oordeel van de Afdeling noodzakelijk dat opnieuw naar het niveau van de wettelijk geregelde rechtsbescherming bij punitieve sancties wordt gekeken.¹⁸⁵ Daarbij is 'afstemming van het strafrecht en het bestuursrecht met betrekking tot de wettelijk geregelde rechtsbescherming en de rechtspositie van de justitiabele' in de ogen van de Afdeling wenselijk. Los van deze afstemming op het punt van de rechtsbescherming rijzen, zo meent de Afdeling, ook nog steeds 'vragen over een betere afstemming binnen het bestuursrecht en tussen het bestuursrecht en het strafrecht waar het de hoogte van boetes betreft voor dezelfde of soortgelijke overtredingen'. De Afdeling is van mening dat in dit opzicht 'meer regie van de minister van Veiligheid en Justitie' nodig is (p. 1-2; p. 9).

Met dit advies doet de Afdeling advisering van de Raad van State een poging de discussie over de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht naar een hoger plan te tillen. Het advies blijft niet steken in de discussie over het bij deze keuze te hanteren criterium, maar beoordeelt de inrichting van het punitieve recht in het licht van waarden die in een rechtsstaat centraal behoren te staan. De Raad stelt de rechtsbescherming van de justitiabele expliciet voorop, maar het ongevraagde advies wil ook recht doen aan de waarde van de rechtsgelijkheid. De Afdeling acht afstemming van het rechtsbeschermingsniveau in strafrecht en punitief bestuursrecht wenselijk; de ongelijke rechtsposities die justitiabelen nu in beide stelsels hebben, dienen meer te worden gelijkgetrokken.

Voor de keuze om de inrichting van het punitieve recht vanuit de zorg voor een adequate rechtsbescherming van de justitiabele en de wenselijkheid van rechtsgelijkheid te benaderen valt veel te zeggen. De voorstellen die de Afdeling advisering van de Raad van State vervolgens doet, roepen in het licht van deze keuze echter vragen op. Die voorstellen zijn er als gezegd op gericht, de rechtsbescherming in het strafrecht en het punitieve bestuursrecht meer op hetzelfde niveau te brengen. Zo meent de Afdeling dat er op voorhand geen rechtvaardiging lijkt te bestaan voor 'het ontbreken van schorsende werking van rechtsmiddelen in het bestuursrecht' (p. 22). De vraag rijst evenwel waarom er behoefte zou bestaan aan een punitief bestuursrecht dat zo veel mogelijk op het strafrecht lijkt. Het punitieve bestuursrecht is ontstaan omdat het bestuursrechtelijke procesmodel, met een bestuursorgaan dat bestraft, destijds sterk van het procesmodel in het strafrecht afweek. Het advies beargumenteert niet waarom een aan de strafrechtelijke standaard aangepast punitief bestuursrecht bestaansrecht zou hebben. Dat klemmt in het licht van het alternatief voor de sterk op verbetering van het bestuursrecht gerichte voorstellen die de Raad van State doet: concentratie van punitieve handhaving, ook door bestuursorganen, in een daarop toegesneden strafrecht. Bij een keuze voor dat alternatief wordt de situatie vermeden waarin op termijn twee vergelijkbare punitieve stelsels naast elkaar bestaan.

Een belangrijk argument om voor concentratie van het punitieve recht in het strafrecht te kiezen, en niet voor afstemming van beide rechtssystemen, is het argument van de rechtseenheid en rechtsgelijkheid. Rechtseenheid en rechtsgelijkheid zijn gebaat bij eenvormig recht. In de vierde tranche van de Awb is er destijds voor gekozen om bij de bestuurlijke boete een van het strafrecht afwijkende

¹⁸⁵ De Afdeling advisering van de Raad van State wijst daarbij op het in opdracht van de Raad voor de Rechtspraak uitgevoerde onderzoek Barkhuysen e.a. 2014. De onderzoekers concluderen onder meer dat uit hun onderzoek 'pregnant naar voren (komt) dat al op korte termijn grote behoefte bestaat aan meer coördinatie en afstemming van grondrechtenbescherming in het bestuursrecht' (p. 187).

regeling van leerstukken van materieel en formeel recht te creëren.¹⁸⁶ Al zijn een aantal leerstukken wel min of meer overgenomen.¹⁸⁷ Of deze benadering gelukkig is, kan nog steeds worden betwijfeld. Op een enkel punt is inmiddels al gebleken dat behoefte bestond aan een leerstuk dat niet was overgenomen.¹⁸⁸ Andere leerstukken van materieel strafrecht gaan in de bestuursrechtelijke jurisprudentie een rol spelen terwijl de verhouding van die leerstukken tot het strafrecht min of meer in de lucht hangt.¹⁸⁹ Naarmate de punitieve handhaving in sterkere mate in het strafrecht geconcentreerd wordt, kunnen verschillen in normering tussen strafrecht en bestuursrecht minder problemen en rechtsongelijkheid veroorzaken. Rechtseenheid en rechtsgelijkheid zijn ook gebaat bij eenvormige uitleg van eenvormig recht. In het bestuursrecht bestaat een situatie waarin een aantal hoogste rechters zich over identieke rechtsvragen buigen. Dat kan alleen al tussen bestuursrechters tot een verschil in benadering leiden.¹⁹⁰ Daar komen mogelijke verschillen van benadering ten opzichte van de Hoge Raad nog eens bij. Er zou uit oogpunt van rechtseenheid en rechtsgelijkheid veel gewonnen zijn als de uitleg van leerstukken van materieel en formeel strafrecht, de vertaling van rechtspraak van het EHRM inzake de strafrechtelijke poot van art. 6 EVRM naar het nationale recht daaronder begrepen, weer zo veel mogelijk in handen zou komen van de Hoge Raad.

Vragen rijzen ook bij de keuze van de Afdeling advisering van de Raad van State om geen voorstellen te doen waar het de hoogte van de boetes betreft. Waar het de straftoemeting betreft wordt wel opgemerkt dat het wenselijk zou zijn 'dat de rechter de bestraffing indringend beoordeelt'. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door 'als bestuursrechter, ook als de sanctie door beleidsregels wordt bepaald, de aard en ernst van de overtreding af te wegen tegen de door de overheid reeds opgelegde straf en daarbij voorts andere omstandigheden zoals de draagkracht te betrekken' (p. 13). Ook bij een dergelijke bijstelling van het bestuursrecht blijven de bestaande verschillen tussen de wijze waarop de hoogte van de boete in het strafrecht en in het bestuursrecht bepaald wordt echter goeddeels in stand. Kort gezegd: in het strafrecht bepaalt de rechter de op te leggen straf, in het bestuursrecht toetst de rechter de straf die door het bestuursorgaan is opgelegd en die in een deel van de gevallen is vastgesteld aan de hand van boetetarieven die ver af liggen van wat in het strafrecht redelijk wordt geacht. Het advies erkent, zo bleek, dat bij de boetehoogte een probleem ligt; 'meer regie van de minister van Veiligheid en Justitie' zou op dit punt nodig zijn. Maar welke regie mag van de minister van Veiligheid en Justitie verwacht worden als elk bestuursorgaan de scepter zwaait over het eigen boetestelsel? Als -met de Raad van State- meer regie van de minister van Veiligheid en Justitie wenselijk wordt geacht, ligt het in de rede om na te denken over een stelsel dat het de minister mogelijk maakt een dergelijke regie te voeren. Tegelijk rijst ook de vraag of het in de rede ligt de andere aanbevelingen van het advies uit te voeren als dit punt niet wordt aangepakt. Wat verbetert er uit oogpunt van

¹⁸⁶ Op die keus wordt gepreludeerd in Bos 1995, p. 143, die 'geenszins zou willen bepleiten dat afzonderlijke of overkoepelende bestuurlijke boeteregelingen een getrouwe weerspiegeling moeten geven van stand van wet en rechtspraak in het strafrecht. Mijn invalshoek is eerder tegengesteld: hoe meer notoir lastige strafrechtelijke vragen kunnen worden geëlimineerd bij de keuze voor bestuurlijke handhaving hoe beter.'

¹⁸⁷ Te wijzen valt op de normering in de titels 5.1 en 5.4 van de Awb inzake strafrechtelijke leerstukken als medeplegen en daderschap rechtspersoon (art. 5.1); strafuitsluitingsgronden (art. 5.5 en 5.41) alsmede *lex mitior* (art. 5.46).

¹⁸⁸ Uitlokking, doen plegen en medeplichtigheid kan bij fiscale fraude sinds kort bestuurlijk worden beboet op grond van art. 67o Awr (Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit, *Stb.* 2013, 567).

¹⁸⁹ Zo speelt opzet inmiddels een rol bij de beboeting van fraude in de sociale zekerheid (CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754).

¹⁹⁰ Zo wordt in Barkhuysen e.a. 2014, p. 126 signaleerd dat bij het zwijgrecht 'twee lijnen in de bestuurspraktijk en de bestuursrechtspraak te onderkennen' zijn.

rechtsbescherming en rechtsgelijkheid werkelijk als de verjaringstermijnen gelijk worden geschakeld (vgl. p. 22-23) terwijl er op dit meest wezenlijke punt niets verandert?

Niet alleen de voorstellen zelf, ook de analyse op basis waarvan de Raad van State daartoe komt roept een vraag op. De veronderstelling die aan het advies ten grondslag lijkt te liggen, is dat het punitieve bestuursrecht nog steeds efficiënter is dan het strafrecht. Betwijfeld kan evenwel worden of die veronderstelling over de volle linie juist is. Medewerkers van bestuursorganen die met de bestuurlijke strafbeschikking werken, waarderen de taakverdeling die in dat kader gerealiseerd is positief.¹⁹¹ Het bestuursorgaan vaardigt de strafbeschikking uit, het openbaar ministerie behandelt in voorkomende gevallen het verzet, het CJIB verzorgt de incasso. Een bezwaarschriftprocedure bestaat niet; de daaraan verbonden kosten en inspanningen worden uitgespaard.¹⁹²

2.4 Tot slot

Met het voorgaande is niet gezegd dat er geen aanleiding kan zijn een deel van de voorstellen die de Raad van State doet te realiseren. Indien en voor zover het punitieve bestuursrecht, waar het de rechtsbescherming van de justitiabele betreft, onder de maat is, komt het wenselijk voor het bestuurs(proces)recht aan te passen. De Raad van State noemt daarvan een aantal voorbeelden. Maar een tekort aan rechtsbescherming in het bestuursrecht kan niet een argument zijn voor een operatie die tot doel heeft, strafprocesrecht en bestuursprocesrecht zo veel mogelijk gelijk te schakelen. En het is lastig daarvoor een argument te bedenken dat wel overtuigt. Een tweede punitief procesmodel, in het bestuursrecht, zou zijn bestaansrecht aan verschillen met het strafrecht moeten ontleen.

Maar ook als men wel iets ziet in een punitief bestuursrechtelijk procesmodel dat sterk op het strafrechtelijke procesmodel lijkt, staat de noodzaak van een afstemmingsoperatie zoals de Raad van State die voor ogen heeft niet vast. De verschillen die de Afdeling advisering wil opheffen vallen in het niet bij de verschillen die in stand blijven inzake het bepalen van de hoogte van boetes. Tegen die achtergrond rijst ook de vraag of het verstandig is de inspanningen te richten op een operatie die tot doel heeft de door de Raad van State gesignaleerde verschillen te verkleinen. Heeft het zin om de verjaringstermijnen in het strafrecht en bestuursrecht op elkaar af te stemmen en de hoorplichten identiek vorm te geven als de verschillen bij het bepalen van de boetehoogte onverkort blijven bestaan? Niet alleen is het nut beperkt, gelijkschakeling op ondergeschikte punten kan ook misverstanden wekken. De gedachte kan postvatten dat van onderling inwisselbare stelsels sprake is, waarin de rechtspositie van de burger op een vergelijkbare wijze gewaarborgd is, terwijl het cruciale verschil in stand is gebleven.

Als (met de Afdeling advisering van de Raad van State) wordt vastgesteld dat adequate rechtsbescherming en een meer eenvormige rechtspositie van de justitiabele in het punitieve recht van groot belang zijn, ligt het meer in de rede om het strafrecht zo aan te passen dat de punitieve handhaving in ruimere mate via dat stelsel kan lopen.¹⁹³ Niet vanuit de idee dat langs die weg in een vloek en een zucht een eenvormig stelsel kan worden gerealiseerd; daarvoor is de huidige inrichting van de punitieve handhaving te gecompliceerd. Wel met in het achterhoofd de gedachte dat aanpassingen

¹⁹¹ Zie de interviews met Van der Gaag en Algera in Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015.

¹⁹² Ook de wijze waarop een strafvonnis na verzet wordt uitgewerkt zou wel eens efficiënter kunnen zijn.

¹⁹³ Dat is, als ik het goed zie, ook de weg die in Verhey en Verheij 2005, p. 292 gewezen werd.

die de aantrekkelijkheid van het strafrecht als handhavingsmodel verhogen, de beste kans bieden dat de problematiek die de Raad van State tot het uitbrengen van een ongevraagd advies heeft gebracht ooit (voor een groot deel) de wereld uit kan worden geholpen.¹⁹⁴ De rechtsbescherming in het strafrecht schiet niet tekort, zo kan ook uit het advies van de Raad van State worden afgeleid.¹⁹⁵ Regie van de minister van Veiligheid en Justitie over de hoogte van de boetes die worden opgelegd is in de context van de strafrechtelijke handhaving via het openbaar ministerie verzekerd. En concentratie van de punitieve handhaving in het strafrecht valt uit oogpunt van rechtseenheid en rechtsgelijkheid te prefereren boven een stelsel waarin punitieve handhaving zowel via het strafrecht als via het bestuursrecht kan plaatsvinden.¹⁹⁶

Een keuze voor aanpassing van het strafrecht kan welbeschouwd worden gezien als een uitvloeisel van het centrale criterium dat de inrichting van het recht beheerst. Dat criterium houdt in dat rechtsregels over de verschillende rechtsgebieden (burgerlijk recht, bestuursrecht, strafrecht) worden verdeeld op basis van de aard van de rechtsbetrekking waar de regels op zien. Dat is niet alleen in Nederland maar ook in andere landen het leidende indelingscriterium. Inrichting van het recht op basis van dit criterium heeft belangrijke voordelen. Zo dient indeling op deze basis de inzichtelijkheid van het recht. De koopovereenkomst bijvoorbeeld is privaatrechtelijk van aard, en kan daarom in het burgerlijk recht uitputtend geregeld worden. En indeling van het recht op basis van dit criterium bevordert ook de rechtseenheid en rechtsgelijkheid (zie hiervoor). Uit dit indelingscriterium vloeit voort dat punitief recht in beginsel in het strafrecht geregeld wordt. Er kunnen argumenten zijn om het recht anders in te richten dan uit dit indelingscriterium voortvloeit. De inschatting kan zijn dat met een afwijkende regeling van rechtsverhoudingen die ook al in het strafrecht geregeld zijn zo veel winst te behalen is voor de feiten die onder die afwijkende regeling vallen dat de nadelen (uit oogpunt van inzichtelijkheid van het recht, rechtseenheid en rechtsgelijkheid) het daartegen moeten afleggen. Bij de keuze voor een afwijkende regeling kan ook een rol spelen of veranderingen in het strafrecht naar verwachting op grote weerstand zullen stuiten in politiek, rechterlijke macht en/of wetenschap (zie hierna). Maar gegeven het criterium dat de inrichting van het recht beheerst, ligt het in de rede dat bij een herinrichting van het punitieve recht eerst wordt verkend in welke mate gerezen problemen via een aanpassing van het strafrecht kunnen worden opgevangen. Een keuze voor aanpassing van het strafrecht betekent niet dat punitief bestuursrecht na die aanpassing geen recht van bestaan meer kan hebben. Er kunnen terreinen zijn waar de argumenten voor een afwijkende regeling ook na aanpassing van het strafrecht

¹⁹⁴ Vgl. over dat wenselijke eindperspectief reeds Knigge 2000 en Knigge 2001. Knigge liet zien welke systematische gebreken aan de voorgestelde regeling van het materiële recht en het procesrecht betreffende de bestuurlijke boete in de Algemene wet bestuursrecht kleven (Knigge 2001, p. 114-118) en stelde voor buitengerechtelijke beboeting in het Wetboek van Strafvordering te regelen (p. 124). Zie in dezelfde lijn (onder meer) Albers 2008, Sackers 2010, p. 12 en Jasiak en Grimbergen 2011. Een min of meer tegenovergestelde richting wijst Bovend'Eert 2015: naast de buitengerechtelijke afdoening van overtredingen in strafrecht en bestuursrecht en afdoening door de rechter in het strafrecht zou (zo begrijp ik) ook nog een vorm van afdoening door de rechter in het bestuursrecht gerealiseerd moeten worden (p. 2880).

¹⁹⁵ Al valt er (bijvoorbeeld in de praktijk van de buitengerechtelijke afdoening) ook in het strafrecht zonder twijfel nog wel wat te verbeteren; vgl. Rapport Procureur-Generaal 2014. Dat de P-G bij de Hoge Raad op grond van art. 122 Wet RO onafhankelijk toezicht uitoefent op (kort gezegd) de naleving van de wet door het openbaar ministerie, is ondertussen een belangrijke waarborg binnen het strafrecht.

¹⁹⁶ Crijns 2014, p. 273, noemt nog als nadeel van 'incorporatie van het feitenbereik van de bestuurlijke boete in het feitenbereik van de strafbeschikking' dat dit 'tot een vergaande criminaliseringsoperatie' zou leiden. Dat is in zoverre minder juist dat feiten ook via de bestuurlijke boete strafbaar zijn. En die bestraffing is (vgl. de bestuurlijke boetes in de sociale zekerheid) niet milder. Een sterkere diffamerende en (daarmee) preventieve werking van beboeting via het strafrecht kan men ten slotte (ook) als een voordeel zien.

prevaleren.¹⁹⁷ Maar er wordt wel een nieuw evenwicht gecreëerd tussen de regel en de uitzondering. Dat kan er toe leiden dat latere afwegingen anders uitvallen dan in het geval het strafrecht niet wordt aangepast aan de hedendaagse realiteit van de punitieve handhaving van ordeningsrecht.

In de volgende paragraaf zal worden verkend welke aanpassingen van het strafrecht wenselijk zijn om de punitieve handhaving weer in ruimere mate via dat stelsel te kunnen laten lopen. Vooruitlopend daarop kan alvast iets gezegd worden over het kernpunt van de voorgestelde benadering. Uitbouw van de strafrechtelijke handhaving op het terrein van het ordeningsrecht zou kunnen worden gerealiseerd door deze als een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid van openbaar ministerie en bestuursorganen vorm te geven.¹⁹⁸ De capaciteit van het openbaar ministerie is beperkt. En betrokkenheid van het openbaar ministerie is ook niet altijd noodzakelijk om tot een punitieve afdoening te komen die recht doet aan wat er op het spel staat. Tegelijk is bij bestuursorganen veel kennis aanwezig, zowel van het ordeningsrecht waar de punitieve handhaving zich op richt als van de praktijk waarin deze handhaving plaatsvindt. De gedachte dat strafrechtelijke handhaving van ordeningswetgeving als een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid van openbaar ministerie en bestuursorganen kan worden vormgegeven is niet nieuw; zij ligt ten grondslag aan de bestaande constructie van de bestuurlijke strafbeschikking. Aan die gedachte zouden alleen verder strekkende consequenties verbonden kunnen worden.

Uitgangspunt zou kunnen zijn dat bestuursorganen op het terrein van het ordeningsrecht in belangrijke mate verantwoordelijk worden voor de strafrechtelijke handhaving in lichtere strafzaken.¹⁹⁹ De kern van de alles in één hand-gedachte, die wel aan invoering van de bestuurlijke boete ten grondslag is gelegd, zou zo in lichtere strafzaken ook in het strafrecht worden verwerkt. Het geldend recht biedt daarvoor al een basis. De beslissing om een bestuurlijke strafbeschikking uit te vaardigen is enkel aan het bestuursorgaan. Het openbaar ministerie kan geen 'bindende aanwijzingen' aan het bestuursorgaan geven over de wijze waarop het beleid en de prioritering met betrekking tot het uitvaardigen van bestuurlijke strafbeschikkingen wordt vormgegeven.²⁰⁰ In een strafzaak waarin een bestuurlijke strafbeschikking is uitgevaardigd, komt het openbaar ministerie pas aan bod als verzet wordt ingesteld. En ook in die situatie heeft het openbaar ministerie geen volledige vrijheid van

¹⁹⁷ Daarbij kunnen ook de kosten en inspanningen die aan het verruilen van het ene stelsel voor het andere verbonden zijn (de omstellingskosten) een rol spelen.

¹⁹⁸ Zo'n gemeenschappelijke verantwoordelijkheid voor de strafrechtelijke handhaving heeft eerder bestaan op het terrein van het fiscale strafrecht. Vgl. Kessler 2003. Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin de Rijksadvocaat in een strafzaak optrad HR 22 november 1949, NJ 1950/180, m.nt. BVAR; de Rijksadvocaat stelde daar beroep in cassatie in.

¹⁹⁹ Over de vraag waar de grens dient te liggen (bij vrijheidsbenemende en vrijheidsbeperkende straffen of bij hoge geldboetes) kan verschillend worden gedacht. Er zijn stelsels waarin hoge bestuurlijke boetes kunnen worden opgelegd. De Commissie Mans heeft op het terrein van het omgevingsrecht eerder voorgesteld de grens te trekken bij geldboetes tot het maximum van de vierde categorie; beneden die grens zou het bestuursorgaan in beginsel aan zet zijn (Commissie Mans 2008, p. 56-57). Bij het trekken van de grens kan ook van belang zijn of het bestuursorgaan behalve strafrechtelijke ook bestuursrechtelijke sancties kan toepassen; het in één hand houden bevordert dan, om met Mulder te spreken, dat het bestuursorgaan het totaal van het toegevoegde nadeel kan overzien (Mulder 1957, p. 83).

²⁰⁰ Zie de nota van toelichting bij het Besluit dat hoofdstuk IV aan het Besluit OM-afdoening toegevoegde, *Stb.* 2012, 510, p. 34-35. Vgl. ook Kessler 2015, p. 126. In Bröring en Naves 2010, p. 450, wordt op dit punt nog twijfel uitgesproken. Ook Jurgens 2007, p. 68, had op dit punt aarzelingen bij de bestuurlijke strafbeschikking. In De Wijkerslooth 2007, p. 18-19, wordt aangestipt of deze beleidsvrijheid verenigbaar is met de verantwoordelijkheid van het OM voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (vgl. art. 124 Wet RO). Het samenstel van wettelijke bepalingen kan naar het mij voorkomt het best zo worden begrepen dat deze verantwoordelijkheid van het OM bij de bestuurlijke strafbeschikking door art. 257ba lid 2 Sv wordt geconcretiseerd.

handelen. De richtlijn bestuurlijke strafbeschikking milieu- en keurfeiten bepaalt dat de bestuurlijke strafbeschikking niet wordt ingetrokken dan na voorafgaand overleg met het bevoegd gezag (par. 7). Haalbaarheidsgronden kunnen een grond voor intrekking vormen. Het heeft geen zin een strafzaak voor de rechter te brengen als gelet op de kwaliteit van het proces-verbaal een vrijspraak te verwachten valt. De opportuniteit van het uitvaardigen van de strafbeschikking kan (zie hiervoor) geen reden tot intrekking zijn. De richtlijn bepaalt ten slotte dat het bevoegd gezag na afloop bericht krijgt over de behandeling van het verzet. Daarmee heeft het bestuursorgaan al een zekere positie bij de behandeling van het verzet. Die positie zou kunnen worden versterkt.

De taakverdeling tussen openbaar ministerie en bestuursorganen die bij de bestuurlijke strafbeschikking gerealiseerd is, lijkt op de taakverdeling die in het Duitse *Ordnungswidrigkeitenrecht* tot stand is gebracht.²⁰¹ Dat is een beproefd model dat al gedurende lange tijd functioneert. Het combineert een ruime verantwoordelijkheid van bestuursorganen voor sanctionering met een verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie voor de coherentie en kwaliteit van de punitieve rechtshandhaving. Ook bij de voorstellen om de positie van bestuursorganen in het strafrecht te versterken die in de volgende paragraaf worden gedaan, is met een schuin oog naar de Duitse regeling gekeken. Het Duitse model is een ander model dan dat van ons huidige stelsel. Maar dat heeft ons ook een handhavingspraktijk opgeleverd waarin de Raad van State zich genooddaakt heeft gevoeld met een ongevraagd advies te komen.

3. Aanpassingen van het strafrecht

3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is aangegeven dat en waarom het in de rede ligt om het strafrecht zo aan te passen dat de punitieve handhaving weer in ruimere mate via dat stelsel kan verlopen. In deze paragraaf wordt onderzocht welke aanpassingen bij een keuze voor ruimere inzet van het strafrecht aanbeveling verdienen. Daartoe worden een aantal (al dan niet veronderstelde) verschillen tussen strafrecht en bestuursrecht die eerder wel tot een keuze voor de bestuurlijke boete hebben geleid onder de loep genomen.²⁰² Het eerste verschil betreft de mogelijkheden in beide stelsels om het opleggen van de sanctie dan wel de hoogte van de sanctie nader te normeren. Het tweede verschil betreft de verdeling van verantwoordelijkheden over bestuursorganen en openbaar ministerie in strafrecht en bestuursrecht. Een derde punt van verschil betreft het financiële aspect. In het strafrecht komt al hetgeen wordt verkregen uit geldboeten en verbeurdverklaringen ten bate van de Staat. In het bestuursrecht komt bij een bestuurlijke sanctie die verplicht tot betaling van een geldsom, het geld in beginsel toe aan het bestuursorgaan dat de sanctie heeft opgelegd. Een vierde punt van verschil betreft de veronderstelde grotere efficiëntie van het bestuursrecht. Een vijfde punt van verschil, ten slotte, betreft de mogelijkheden tot concentratie van procedures inzake punitieve sancties en herstelsancties.

²⁰¹ Zie over de taakverdeling in het *Ordnungswidrigkeitenrecht* Postma in Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015, hoofdstuk 6, met name par. 6.

²⁰² Zie over die verschillen uitgebreider Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015.

3.2 Normering van sanctietoemeting

In het bestuursrecht bestaat een grote variëteit in wijzen waarop de normering van punitieve (en andere) sancties is vormgegeven. Dat blijkt al bij een analyse van boetestelsels.²⁰³ Er zijn stelsels met wettelijk gefixeerde boetes, stelsels met door beleidsregels gefixeerde boetes en open stelsels. Een stelsel met wettelijk gefixeerde boetes is bijvoorbeeld te vinden in de Wahv. Art. 1 lid 3 Wahv meldt dat de bijlage bij de Wahv voor elke gedraging de aan de Staat te bepalen geldsom 'bepaalt'. De officier van justitie kan in beroep wel een lagere sanctie vaststellen.²⁰⁴ Een voorbeeld van een stelsel met door beleidsregels gefixeerde boetes is te vinden in de Wet arbeid vreemdelingen (verder Wav). Ingevolge art. 19d lid 6 Wav stelt de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 'beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de overtredingen worden vastgesteld'. De boetestelsels in het bestuursrecht kennen ook diversiteit in de mate waarin de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete een gebonden bevoegdheid is. Een voorbeeld van een gebonden bevoegdheid is eveneens te vinden in de Wav. Art. 19a Wav bepaalt dat een door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangewezen ambtenaar de bestuurlijke boete namens hem oplegt 'aan degene op wie de verplichtingen rusten welke voortvloeien uit deze wet, voor zover het niet naleven daarvan is aangeduid als een overtreding'. Die formulering laat geen ruimte voor een afweging van opportuniteit. Niet alleen op het terrein van de bestuurlijke boete treft men in het punitieve bestuursrecht gebonden bevoegdheden aan. Te denken valt ook aan het asp. Uit (het inmiddels vervallen) art. 17 lid 1 van de Regeling maatregelen rijvaardigheid en rijgeschiktheid vloeide voort dat het CBR het asp diende op te leggen als aan één van de in dat artikel genoemde voorwaarden was voldaan.

Een voordeel van een stelsel met gefixeerde sancties is dat het de rechtsgelijkheid kan verhogen. In nader gedefinieerde situaties wordt een sanctie van een vaste hoogte opgelegd, en deze sanctie wordt in die situaties in beginsel altijd opgelegd. Een nadeel is dat deze wijze van normering geen mogelijkheden biedt om rekening te houden met de bijzondere omstandigheden van het geval, die bijvoorbeeld in de persoon van de verdachte kunnen zijn gelegen.²⁰⁵ De veiligheidsklep die het bestuursrecht in deze gevallen kent, is art. 3:4 lid 2 Awb. Daarin is neergelegd dat de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen. Dat artikel vormde de basis voor de beslissing van de Centrale Raad van Beroep inzake de toepassing van bestuurlijke boetes in de sociale zekerheid.²⁰⁶ Daarin is een 'indringender toets aan het evenredigheidsbeginsel' uitgevoerd in het licht van de wijzigingen die het gevolg waren van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving. En het vormde ook de basis voor de beslissing waarin de Raad van State het asp onverbindend verklaarde.²⁰⁷

In het strafrecht bestaat grote ruimte bij het toemeten van straffen.²⁰⁸ Het Wetboek van Strafrecht kent alleen algemene, lage strafminima. De duur van de tijdelijke gevangenisstraf is ten minste een dag (art.

²⁰³ Zie voor een dergelijke analyse uitgebreider Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2012.

²⁰⁴ Vgl. ook Barels 2010, p. 24, 43.

²⁰⁵ In gevallen waarin die bijzondere omstandigheden van belang zijn, kunnen gefixeerde sancties zo bezien de rechtsgelijkheid bij de bestraffing juist ook schaden.

²⁰⁶ CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754. Zie daarover Fluit 2015.

²⁰⁷ ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

²⁰⁸ Dat kenmerk van ons sanctiestelsel valt terug te voeren op het grote vertrouwen dat de wetgever aan het einde van de negentiende eeuw stelde in de strafrechter, die bij uitsluiting van anderen met het opleggen van

10 lid 2 Sr). Ook de minimale duur van de hechtenis is ten minste een dag (art. 18 lid 1 Sr). Het bedrag van de geldboete is ten minste drie euro (art. 23 lid 2 Sr). De maximaal op te leggen straffen zijn per feit bepaald en variëren sterk. Wat de geldboete betreft zijn er zes categorieën, het maximum van de eerste categorie bedraagt iets meer dan vierhonderd euro en het maximum van de zesde categorie overschrijdt inmiddels de achthonderdduizend euro.

Het gebruik van deze straftoemingsruimte wordt tot op zekere hoogte nader genormeerd door beleidsregels van het openbaar ministerie en de rechterlijke oriëntatiepunten voor straftoemeting. Tot de beleidsregels die het openbaar ministerie hanteert, behoort bijvoorbeeld de richtlijn voor strafvordering feitgecodeerde misdrijven en overtredingen.²⁰⁹ Die richtlijn bevat het strafbeschikkings- en strafvorderingsbeleid van het openbaar ministerie inzake misdrijven en overtredingen waarvoor feitomschrijvingen (feitcodes) zijn vastgesteld, voor zover deze zaken worden afgedaan met een politiestrafbeschikking of een OM-strafbeschikking. Dat beleid komt er op neer dat bij de door de richtlijn omschreven feiten onder de daarbij genoemde voorwaarden een vast tarief geldt. De oriëntatiepunten voor straftoemeting zijn een resultaat van een initiatief van de voorzitters van de strafsectoren van rechtbanken en gerechtshoven. Tegenwoordig worden de oriëntatiepunten voor straftoemeting ontwikkeld door de Commissie Rechtseenheid, een commissie van het LOVS.²¹⁰

Naast straffen kent het strafrecht ook maatregelen. Het opleggen van maatregelen is anders genormeerd dan het opleggen van straffen. Dat blijkt bijvoorbeeld bij de ontnemingsmaatregel. Op vordering van het openbaar ministerie kan bij afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een strafbaar feit de verplichting worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 36e Sr). Uit dit wetsartikel volgt, welk voordeel in dat geval kan worden ontnomen. De wet geeft ook nadere voorschriften inzake de wijze waarop het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel dient te worden geschat. Zo is aangegeven dat onder voordeel besparing van kosten begrepen is, en dat aan benadeelde derden in rechte toegekende vorderingen voor zover die zijn voldaan in mindering worden gebracht. De rechter heeft een zekere ruimte om de opportuniteit van het opleggen van deze maatregel af te wegen, maar deze ruimte is niet onbeperkt.²¹¹ Regel is dat bij een daartoe strekkende vordering van het openbaar ministerie het op voet van de wet berekende wederrechtelijk verkregen voordeel wordt ontnomen (vgl. art. 36e lid 5 Sr). Een tweede voorbeeld betreft de schadevergoedingsmaatregel. Aan (kort gezegd) de veroordeelde kan de verplichting worden opgelegd tot betaling aan de staat van een som gelds ten behoeve van het slachtoffer (art. 36f Sr). De maatregel kan worden opgelegd indien en voor zover de verdachte jegens het slachtoffer naar burgerlijk recht aansprakelijk is voor de schade die door het strafbare feit is toegebracht. Daarmee geeft de wet ook hier een duidelijke maatstaf.²¹²

Bij de ontnemingsmaatregel en de schadevergoedingsmaatregel vormt de aard van de sanctie een duidelijk richtsnoer bij de wettelijke normering. Maar ook bij maatregelen waar dat in mindere mate het geval is, lijkt gemakkelijker dan bij straffen te worden aanvaard dat het opleggen en het bepalen van de hoogte van de sanctie aan nadere regels wordt gebonden. Dat lijkt in sommige gevallen

straffen was belast. Vgl. Bleichrodt en Vegter 2013, p. 11. De nadere normering van de mogelijkheden tot het opleggen van een taakstraf in art. 22b Sr betreft een uitzondering op de regel.

²⁰⁹ *Staatscourant* 18 december 2015, nr. 46387 (zie ook www.om.nl).

²¹⁰ Zie de Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken (www.rechtspraak.nl). Naast deze oriëntatiepunten bestond enkele jaren de Databank Consistente Straftoemeting. Die is inmiddels evenwel ter ziele en er is nog geen opvolger; vgl. Beaujean 2012.

²¹¹ Vgl. HR 8 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:860, *NJ* 2014/363 m.nt. M.J. Borgers.

²¹² Zie nader Bleichrodt en Vegter 2013, p. 319-322.

een rol te spelen bij de keuze tussen vormgeving van een sanctie als straf of als maatregel. Illustratief is de gang van zaken rond de invoering van de plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders (art. 38m e.v. Sr). De rechter kan deze maatregel op vordering van het openbaar ministerie opleggen indien aan een aantal wettelijke voorwaarden voldaan is. Het door de verdachte begane feit moet een misdrijf betreffen waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. De verdachte moet in de vijf jaren voorafgaand aan het door hem begane feit ten minste drie maal wegens een misdrijf onherroepelijk tot een vrijheidsbenemende straf of maatregel, een vrijheidsbeperkende maatregel of een taakstraf zijn veroordeeld dan wel bij onherroepelijke strafbeschikking een taakstraf zijn opgelegd. Het feit moet zijn begaan na de tenuitvoerlegging van deze straffen en maatregelen. Vereist is dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte wederom een misdrijf zal begaan. En ten slotte moet de veiligheid van personen of goederen het opleggen van deze maatregel eisen. In het concept-wetsvoorstel dat aan een aantal instanties voor advies is voorgelegd, was voorgesteld deze sanctie als een bijkomende straf vorm te geven.²¹³ Zowel het openbaar ministerie, de NOvA als de NVvR heeft vervolgens bepleit de sanctie als een maatregel vorm te geven. Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat de beveiligende aard van deze sanctie daarbij als argument is genoemd. Maar ook een vrijheidsstraf heeft een beveiligende doelstelling. Waarschijnlijk is dat (ook) de strakke normering van de plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders meebracht dat deze als maatregel beter te verteren was dan als straf.²¹⁴

Buiten de situaties waarin de keuze voor een maatregel soelaas biedt, is de wetgever er huiverig voor sanctietoemeting in het strafrecht aan regels te binden. Bij wijze van voorbeeld kan de gang van zaken rond het wetsvoorstel puntenstelsel rijbewijzen in herinnering worden geroepen.²¹⁵ In het wetsvoorstel zoals dat aanvankelijk bij de Tweede Kamer was ingediend, stond een nadere normering van het opleggen van de ontzegging van de rijbevoegdheid in het strafrecht centraal. Een nieuw in te voeren art. 179b WvW 1994 zou bepalen dat aan de bestuurder van een motorrijtuig die één van een reeks bij algemene maatregel van bestuur aangewezen strafbare feiten pleegde, een rijontzegging van een bij algemene maatregel van bestuur te begrenzen duur diende te worden opgelegd indien op dat moment nog geen vijf jaren verlopen waren na een vroegere onherroepelijke veroordeling wegens één van die strafbare feiten. Alleen bij 'bijzondere hardheid' zou de rechter van de bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde ondergrens kunnen afwijken. Daarop kwam veel kritiek; een belangrijk item daarbij was of het voorstel de invoering van een bijzondere minimumstraf behelsde.²¹⁶ Daarop is het wetsvoorstel via een amendement compleet omgebouwd.²¹⁷ De kern van het gewijzigde wetsvoorstel werd gevormd door een nieuw art. 123b WvW 1994. Dat bepaalde dat een rijbewijs zijn geldigheid zou verliezen indien de houder in nader omschreven gevallen bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak wegens overtreding van artikel 8, eerste, tweede of derde lid zou worden veroordeeld en ten tijde van het plegen van het strafbare feit nog geen vijf jaren verlopen waren sinds een vroegere veroordeling wegens één of meer van deze strafbare feiten.

Bezien tegen de achtergrond van de kritiek op het regeringsvoorstel valt deze wijziging, om het voorzichtig uit te drukken, moeilijk te plaatsen. Voor een stelsel dat de straftoemingsvrijheid van de strafrechter bij een bijzondere straf wat wilde inperken, is een stelsel in de plaats gekomen dat feitelijk

²¹³ *Kamerstukken II* 2002/02, 28 980, nr. 3, p. 5.

²¹⁴ Al gaf de vormgeving als maatregel tijdens de parlementaire behandeling nog wel aanleiding tot discussie, vgl. Struijk 2011, p. 223-224, 512. Zie over de rubricering als maatregel ook De Hullu 2003, p. 65-68.

²¹⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 342.

²¹⁶ Vgl. daarover bijvoorbeeld Vellinga 2006, p. 324.

²¹⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 324, nrs. 12 en 13.

op een gefixeerde straf neerkomt, aan de oplegging waarvan geen rechter meer te pas komt. Het is, zo schreef ik eerder, alsof een vegetariër die klaagt over een gehaktballetje in zijn soep, met excuses van het restaurant als hoofdgerecht een T-bonesteak krijgt voorgeschoteld.²¹⁸ Het wetsvoorstel is nadat bij de Raad van State advies was ingewonnen op enkele ondergeschikte punten aangepast en vervolgens zonder veel morren aanvaard.²¹⁹ Tot veel protest heeft dat niet meer geleid. Een T-bonesteak wordt door velen blijkbaar als zoete koek geslikt als op de rand van het bord maar met grote letters BESTUURSRECHT staat.

Mij komt het voor dat de normering van sanctietoemeting niet afhankelijk dient te zijn van het etiket dat op de sanctie wordt geplakt, maar van de aard en de zwaarte van de sanctie. Doorslaggevend behoort te zijn met welke normering een rechtvaardige sanctietoemeting optimaal wordt bevorderd. Bij een ingrijpende sanctie als de vrijheidsstraf is het van groot belang dat de rechter de straf kan bepalen in het licht van de omstandigheden van het geval. Bij een lichte geldboete voor overtredingen die sterk vergelijkbaar zijn is een meer tariefmatige normering te prefereren.²²⁰ Of deze overtredingen via het bestuursrecht of via het strafrecht worden afgedaan, behoort daarbij niet de doorslag te geven. Waar een nadere normering is aangewezen, verdient een op de wet berustende normering voorts de voorkeur. Alleen een dergelijke normering kan alle autoriteiten die tot het opleggen van sancties bevoegd zijn binden. En ook uit oogpunt van legaliteit en daarmee verbonden belangen als rechtszekerheid, rechtseenheid en democratische legitimatie is een normering die op de wet berust te prefereren boven een normering in beleidsregels.

Uitgaande van deze benadering ligt het in de rede om het strafrecht op dit punt aan te passen. Een begin zou kunnen worden gemaakt met het (in een deel van de gevallen) nader normeren van de hoogte van bij lichte overtredingen op te leggen lage geldboetes. Te denken valt bijvoorbeeld aan de verkeersfeiten die onder de Wahv vallen. Sinds het in werking treden van de Wet OM-afdoening kan ook het strafrecht weer zonder beperkingen worden toegepast op de gedragingen die onder de Wahv vallen.²²¹ De Wahv kent een bijlage met omschrijvingen van feiten en tarieven die bij algemene maatregel van bestuur kan worden gewijzigd (art. 2 lid 1 en 5 Wahv). In het strafrecht zou een vergelijkbare normering tot stand kunnen worden gebracht. Het is eigenlijk niet goed te rechtvaardigen dat, in de huidige situatie, de straf voor exact dezelfde overtreding in het bestuursrecht op grond van de wet is gefixeerd, terwijl de wettelijke normering in het strafrecht slechts een algemeen minimum en een algemeen maximum behelst.²²²

Vervolgens zouden de feiten en tarieven voor boetes die in de Richtlijn bestuurlijke strafbeschikkingsbevoegdheid milieu- en keurfeiten en de bijbehorende feitenlijst zijn neergelegd eveneens in een algemene maatregel van bestuur op een te creëren wettelijke grondslag kunnen worden neergelegd. En daarbij zou die normering meteen kunnen worden verruimd. Het kader voor straftoemeting dat de richtlijn en de bijbehorende feitenlijst thans bevat, biedt de bestuursorganen die

²¹⁸ Keulen 2006, p. 365.

²¹⁹ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 324, nr. 17.

²²⁰ Daarbij is ook nog van belang wie de sanctie oplegt: (alleen) de rechter dan wel (ook) bestuursorganen of eventueel opsporingsambtenaren; vgl. Bos 1995, p. 146.

²²¹ Wet OM-afdoening, *Stb.* 2006, 330, Art. VA. Zie art. 2 lid 1 Wahv.

²²² Een aanscherping van de wettelijke normering zou meteen een eerste stap kunnen zijn in de integratie van de Wahv in het strafrecht, zoals die wordt bepleit in Kessler 2015, p. 140-143. Vgl. in dit verband de beslissing om de zogenaamde 'hufterfeiten' uit de Wahv te halen en voortaan weer strafrechtelijk af te doen (Besluit van 25 november 2014, *Stb.* 484).

bevoegd zijn om een bestuurlijke strafbeschikking uit te vaardigen geen ruimte om van de vastgestelde tarieven af te wijken als dat gelet op de omstandigheden van het geval in de rede ligt. Verrassenderwijs is hier juist in het strafrecht een strikte binding aan een straftoemetskader gerealiseerd die in de praktijk problemen oplevert.²²³ Een meer open normering, waarbij het huidige kader wel een functie behoudt, ligt meer in de rede.²²⁴

Derde stap zou kunnen zijn dat straftoemeting bij recidive in sommige gevallen nader wordt genormeerd. In het bestuursrecht is, zo bleek, een regeling mogelijk die aan een vaststelling van ernstige recidive de intrekking van het rijbewijs verbindt (art.123b WvW 1994). In het strafrecht kan een maatregel worden ingepast die bij nader omschreven eerdere veroordelingen het opleggen van een langdurige vrijheidsbenemende maatregel met een vrijheidsbenemend karakter mogelijk maakt (art. 38m Sr). Het Wetboek van Strafrecht drukt met een wettelijke strafverzwarringsgrond uit dat aan recidive zwaar wordt getild (art. 43a Sr). Tegen deze achtergrond zou bij een bijkomende straf als de rijontzegging een wettelijke grondslag kunnen worden gecreëerd voor een normering die aan vaststellingen van recidive gekoppeld is.²²⁵ Bij een dergelijke normering kan in het strafrecht worden voortgebouwd op de justitiële documentatie. Veroordelingen en strafbeschikkingen worden daar (behoudens uitzonderingen) in opgenomen, bestuurlijke boetes niet.²²⁶

Dergelijke op de wet berustende kaders zouden ook de straftoemeting door de strafrechter normeren. Dat zou, voor de strafrechter, een wijziging betekenen ten opzichte van de huidige situatie. Het tot stand komen van een op de wet berustende normering betekent evenwel niet dat de rechter strikt aan deze normering gebonden dient te worden. De normering kan zo vorm worden gegeven dat de rechter van het vastgestelde tarief kan afwijken (en lichter of zwaarder kan straffen) als daar goede redenen voor zijn.²²⁷ Daarmee zou de kern van de rechterlijke vrijheid bij de straftoemeting onverkort behouden blijven.²²⁸

Met een aanpassing van het strafrecht langs deze lijnen zou het eerste punt van verschil dat thans nog tot handhaving via een bestuurlijke boete kan leiden, bij de keuze tussen strafrecht en bestuurlijke boete geen belangrijke rol meer spelen. Vormen van normering van sanctietoemeting die gelet op de aard en zwaarte van de sanctie in de rede liggen, zijn dan ook in het strafrecht mogelijk. Tegelijk

²²³ Vgl. de interviews met Van der Gaag en Algera in Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015.

²²⁴ Zie voor een nadere uitwerking de slotbeschouwing, par. 5.4 in Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015.

²²⁵ Zie in verband met op vaststellingen van recidive gebaseerde kaders voor handhaving ook Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015, slotbeschouwing, par. 9.

²²⁶ Vgl. ook het ongevraagd advies van de Raad van State, Bijlage onder g. Voor alle duidelijkheid: op de verplichting tot registratie kunnen uitzonderingen worden gemaakt waar de nadelen van registratie zwaarder wegen dan de voordelen. Daarvoor hoeft niet naar de bestuurlijke boete te worden uitgeweken.

²²⁷ Zie voor dit voorstel eerder Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2012, p. 257-260. Het kabinet heeft het voorstel destijds afgewezen omdat de praktische noodzaak van het voorstel niet uit het onderzoek zou blijken en zou raken aan een discussie over straftoemetingsvrijheid in het strafrecht (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 400 VI, nr. 80, p.6-7). Mede tegen die achtergrond is in het voorgaande verduidelijkt hoe de discussie over straftoemetingsvrijheid in het strafrecht samenhangt met de huidige, gefragmenteerde inrichting van het punitieve recht in Nederland.

²²⁸ Vgl. in dit verband De Hullu 2002, p. 65-69, die meende dat de straftoemetingsvrijheid die ons strafrecht kenmerkt behouden dient te blijven, maar daarbij vooral de strafrechter en de vrijheidsstraf voor ogen lijkt te hebben gehad.

behoudt de strafrechter een passende beoordelingsruimte. Na de ervaringen met het asp en de boetes in de sociale zekerheid ligt het in de rede om vooral naar dergelijke vormen van normering te zoeken.

3.3 De verdeling van verantwoordelijkheden

Bij een keuze voor het punitief bestuursrecht is het bestuursorgaan verantwoordelijk voor de beschikking waarin de sanctie wordt opgelegd. De procedure die het bestuursorgaan bij het opleggen van de bestuurlijke boete moet volgen, is vastgelegd in afdeling 5.4.2 van de Algemene wet bestuursrecht. Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken; bij boetes die meer dan 340 euro bedragen bestaat een verplichting daartoe (artt. 5:48 en 5:53 Awb). Het bestuursorgaan stelt de overtreder desgevraagd in de gelegenheid de gegevens waarop het opleggen van de bestuurlijke boete dan wel het voornemen daartoe berust, in te zien en daarvan afschriften te vervaardigen (art. 5:49 Awb). Het bestuursorgaan kan de overtreder in de gelegenheid stellen over het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete zijn zienswijze naar voren te brengen; bij boetes die meer dan 340 euro bedragen bestaat een verplichting daartoe (artt. 5:50 en 5:53 Awb).²²⁹ Indien een rapport is opgemaakt, is het bestuursorgaan bij het nemen van zijn beslissing aan een termijn gebonden (art. 5:51 Awb). Ingevolge art. 5:54 Awb is deze titel van overeenkomstige toepassing op andere bestraffende sancties, voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald.

Met het openbaar ministerie heeft het bestuursorgaan dat een bestuurlijke boete oplegt in beginsel niets te maken. Dat is alleen anders indien de gedraging tevens een strafbaar feit is. Dan wordt zij aan de officier van justitie voorgelegd tenzij bij wettelijk voorschrift is bepaald dan wel met het openbaar ministerie is overeengekomen dat daarvan kan worden afgezien.²³⁰ Voor een gedraging die aan de officier van justitie moet worden voorgelegd legt het bestuursorgaan slechts een bestuurlijke boete op indien de officier van justitie aan het bestuursorgaan heeft meegedeeld ten aanzien van de overtreder van strafvervolgning af te zien of indien het bestuursorgaan niet binnen dertien weken een reactie van de officier van justitie heeft ontvangen (art. 5:44 Awb).

Indien een bezwaarschrift wordt ingediend tegen de beschikking waarin een punitieve sanctie is opgelegd, is het bestuursorgaan ook verantwoordelijk voor de behandeling van het bezwaarschrift. Tot die behandeling behoort dat belanghebbenden in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord alvorens op het bezwaarschrift wordt beslist (art. 7:2 Awb). Veelal wordt voor de behandeling van bezwaarschriften een adviescommissie ingesteld (art. 7:13 Awb). Tegen de beslissing op het bezwaar kan vervolgens beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter (art. 7:1 Awb). Daar is het bestuursorgaan dat de sanctie heeft opgelegd partij; ook dat brengt verplichtingen met zich mee (vgl.

²²⁹ Van art. 5:53 Awb kan in een bijzondere wet worden afgeweken. Vgl. bijvoorbeeld art. 67pa Awr, waar is bepaald dat art. 5:53 Awb met betrekking tot het opleggen van een verzuimboete geen toepassing vindt. De maximale hoogte van verzuimboetes bedraagt thans in een aantal gevallen 5.278 euro (vgl. de artt. 67a-67cb Awr).

²³⁰ Die overeenkomst is vormvrij, zo kan ook worden afgeleid uit de gang van zaken rond en de discussie in de Tweede Kamer over de boete van 2,5 miljoen die de Nederlandse Zorgautoriteit aan het Sint Antonius Ziekenhuis te Nieuwegein had opgelegd (vgl. *Handelingen II* 1 juli 2014, p. 100-42-1/40). Daaruit bleek ook hoeveel verwarring dat kan opleveren. Te overwegen valt, in de wet te regelen dat het bestuursorgaan er alleen op grond van een overeenkomst van kan afzien de boete aan het openbaar ministerie voor te leggen als deze overeenkomst schriftelijk is vastgelegd.

afdeling 8.1.5 Awb). Het bestuursorgaan is ten slotte verantwoordelijk voor de tenuitvoerlegging van de sanctie die het heeft opgelegd.

Het voordeel van deze regeling voor het bestuursorgaan is, dat het de punitieve afdoening volledig in eigen hand heeft, behoudens het geval waarin het openbaar ministerie een strafvervolgung begint.²³¹ Er zijn echter ook nadelen. Voor het bestuursorgaan zelf kan het een nadeel zijn dat het er bij de handhaving alleen voor staat. Dat kan vooral spelen bij kleinere bestuursorganen die betrekkelijk zelden een boete opleggen; te denken valt aan waterschappen. Voor de coherentie van de rechtshandhaving is het voorts een nadeel dat de sancties die het bestuursorgaan oplegt, uit de pas kunnen lopen met sancties die door andere bestuursorganen en/of in het strafrecht voor overtredingen van een vergelijkbare ernst worden opgelegd.

In het strafrecht geldt bij de verdeling van verantwoordelijkheden een ander grondpatroon. Opsporingsambtenaren maken proces-verbaal op van het door hen opgespoorde strafbare feit (art. 152 Sv). De officier van justitie kan aan die opsporingsambtenaren bevelen geven (art. 148 Sv). De opgemaakte processen-verbaal worden toegezonden aan de officier van justitie. Die beslist of vervolging wordt ingesteld. Die vervolging kan de vorm krijgen van een strafbeschikking (art. 257a Sv). De verdachte kan tegen die strafbeschikking bij het openbaar ministerie verzet doen; in dat geval brengt de officier van justitie het verzet en de processtukken ter kennis van de rechtbank (artt. 257e, 257f Sv). De officier van justitie kan de zaak ook ter terechtzitting aanhangig maken door een dagvaarding aan de verdachte te doen betekenen (art. 258 Sv).

Ook bij de behandeling van de zaak door de strafrechter speelt het openbaar ministerie een belangrijke rol. De officier van justitie draagt de zaak voor (art. 284 Sv). Hij of zij wordt in de gelegenheid gesteld de verdachte, getuigen en deskundigen te ondervragen (artt. 286, 292 en 299 Sv). De officier van justitie houdt een requisitoir en kan andermaal het woord voeren na het pleidooi (art. 311 Sv). Daarbij is hij niet gebonden aan de strafbeschikking; in het requisitoir staat centraal welke straf de rechter zou moeten opleggen. Na de uitspraak van de rechtbank staat voor het openbaar ministerie in veel gevallen hoger beroep open tegen het vonnis (art. 404 Sv); na de uitspraak in hoger beroep staat voor het openbaar ministerie in veel gevallen beroep in cassatie open (art. 427 Sv). En ook bij de tenuitvoerlegging speelt het openbaar ministerie een rol, al is een wetsvoorstel aanhangig dat er bij aanvaarding en inwerkingtreding toe zal leiden dat de centrale verantwoordelijkheid voor de tenuitvoerlegging overgaat naar de minister van Veiligheid en Justitie.²³²

Het bestuursorgaan dat bij bestraffing via het punitieve bestuursrecht integraal verantwoordelijk is, heeft in het strafrecht ter terechtzitting geen procespositie. Dat geldt ook in de gevallen waarin ter terechtzitting het verzet wordt behandeld tegen een bestuurlijke strafbeschikking die het bestuursorgaan heeft uitgevaardigd. In Duitsland is dat in het *Ordnungswidrigkeitenrecht* anders geregeld.²³³ In de gerechtelijke procedure draagt het *Staatsanwaltschaft*, net als in strafzaken, de verantwoordelijkheid voor de tenlastelegging. Het *Staatsanwaltschaft* is evenwel niet verplicht zich te laten vertegenwoordigen op de terechtzitting, en kan er voor kiezen zich nadat rechtsingang is verleend niet meer te bemoeien met de zaak. Net als het *Staatsanwaltschaft* heeft ook het bestuursorgaan het

²³¹ Dat zou wel eens de belangrijkste verklaring kunnen zijn voor het voortbestaan van bestuurlijke boetes na de invoering van de Wet OM-afdoening. Zie ook Mein 2015, p. 98.

²³² *Kamerstukken II* 2014/15, 34 086, art. 6:1:1 Sv.

²³³ Vgl. de beschrijving van Postma, hoofdstuk 6 in Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015.

recht en niet de plicht om op de terechtzitting aanwezig te zijn. Het bestuursorgaan dient desgewenst in de gelegenheid te worden gesteld om zich mondeling uit te laten over de zaak, tenzij het *Amtsgericht* van oordeel is dat de deskundigheid van het bestuursorgaan niet benodigd is voor het vellen van een eindoordeel.

Er zijn een aantal argumenten om ons strafrecht op dit punt aan te passen en het bestuursorgaan ook in Nederland het recht te geven om bij de behandeling ter terechtzitting het woord te voeren, in ieder geval in de strafzaken waarin het een bestuurlijke strafbeschikking heeft uitgevaardigd.²³⁴ Centraal staat dat het bestuursorgaan dat de bestuurlijke strafbeschikking heeft uitgevaardigd, voldoende belang bij de strafzaak heeft om ter terechtzitting het woord te mogen voeren. Daar komt een argument bij dat met procedurele rechtvaardigheid in verband kan worden gebracht. Bij de behandeling ter terechtzitting kan kritiek worden geuit op de strafbeschikking zelf of op de gang van zaken in het voortraject. Dan valt er iets voor te zeggen dat het bestuursorgaan zich daartegen kan verdedigen.²³⁵ Ten slotte is bij het bestuursorgaan dikwijls kennis aanwezig die voor de berechting relevant is. De vertegenwoordiger van het bestuursorgaan kan licht werpen op aspecten die het bewijs of de interpretatie van bijzondere regelgeving betreffen. En de vertegenwoordiger van het bestuursorgaan kan ook helderheid verschaffen over de relatie tussen eventueel op te leggen straffen en maatregelen en bestuursrechtelijke handhaving. Ook dat kan rechtvaardigen dat een vertegenwoordiger van het bestuursorgaan ter terechtzitting het woord mag voeren.²³⁶

Bij realisatie van een dergelijke procespositie voor het bestuursorgaan zou voorts aan het openbaar ministerie het recht kunnen worden gegeven ter terechtzitting verstek te laten gaan in (nader af te grenzen) strafzaken waarin het bestuursorgaan ter terechtzitting vertegenwoordigd is. Het openbaar ministerie zou daarover afspraken kunnen maken met bestuursorganen. Langs deze weg zou kunnen worden voorkomen dat een gebrek aan capaciteit van het openbaar ministerie aan een vlotte afdoening van strafzaken waarin een bestuurlijke strafbeschikking is uitgevaardigd in de weg staat. En deze constructie zou het openbaar ministerie de mogelijkheid bieden om de eigen werkzaamheden meer toe te snijden op zijn kerntaak: opsporing en vervolging van zwaardere criminaliteit.²³⁷ Tegelijk kan anders dan in Duitsland niet een situatie ontstaan waarin bestuursorgaan noch openbaar ministerie ter terechtzitting aanwezig is en de strafrechter het maar alleen moet rooien.

²³⁴ Zie eerder in vergelijkbare richting De Lange 2005 en De Lange 2010. Zie voor het in de tekst uitgewerkte voorstel nader hoofdstuk 2, par. 4.3.3, hoofdstuk 3, par. 7.2 en de slotbeschouwing, par. 8 in Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015. Als alternatief is daar voorgesteld om gekwalificeerde juristen werkzaam bij bestuursorganen in te schakelen bij het vervullen van de taken van het openbaar ministerie door hen tot plaatsvervangend officier van justitie dan wel plaatsvervangend officier enkelvoudige zittingen te benoemen. Zie voor die mogelijkheid de artt. 137 en 137a Wet RO. Een nadere verkenning van deze optie blijft in dit onderzoek, waarin wordt verkend hoe het strafrecht meer fundamenteel als een stelsel van samenwerking kan worden ingericht, achterwege.

²³⁵ Of, van de andere kant benaderd: het spreekt niet vanzelf dat het openbaar ministerie beslissingen tot vervolging en het achterliggende beleid verdedigt als het daar het niet over gaat (vgl. par.2.5).

²³⁶ Verhey en Verheij 2005, p. 292 zouden nog een stap verder willen gaan en marktautoriteiten de bevoegdheid willen geven zelf zaken aan de strafrechter voor te leggen, bijvoorbeeld door officieren van justitie bij marktautoriteiten te detacheren of zelfs aan te stellen. Beide opties verdienen bij de inrichting van het strafrecht als een stelsel van samenwerking een open afweging van voor- en nadelen.

²³⁷ Om de gedachten te bepalen: in Duitsland is het openbaar ministerie in naar schatting 5 tot 10% van de zaken bij de behandeling ter terechtzitting van *Ordnungswidrigkeiten* aanwezig (Postma, in Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015, hoofdstuk 6, par. 6).

Door deze aanpassingen zou een stelsel ontstaan waarin strafvorderlijke organen en bestuursorganen binnen wettelijke kaders samenwerken en (taken en) zaken verdelen. Die wettelijke kaders kunnen in beginsel ruim zijn. Maar waar dat gewenst voorkomt, bestaat ook de mogelijkheid tot nadere normering. Ter illustratie van de wenselijkheid van die mogelijkheid kan worden gerefereerd aan de gang van zaken rond de boete van 2,5 miljoen euro die de Nederlandse Zorgautoriteit (verder NZa) oplegde aan het Sint Antonius Ziekenhuis in Nieuwegein.²³⁸ De gang van zaken rond de oplegging van deze boete leidde tot veel discussie in de Tweede Kamer.²³⁹ Punt van zorg was vooral dat de NZa de boete had opgelegd zonder adequate afstemming met het OM, terwijl die boete een strafvervolgning (zo was de gedachte²⁴⁰) blokkeerde.²⁴¹ Onduidelijk bleef of het (concept)afstemmingsprotocol was aangevuld met andere afspraken die de NZa toestonden bij het ontbreken van 'opzet' een boete op te leggen zonder het OM voorafgaand inzage in het dossier te geven. De Minister van VWS zag het maken van dergelijke afspraken in de huidige constellatie als een zaak tussen partijen; het maximum wat zij zou kunnen doen was bevorderen dat deze afspraken helder op papier komen.²⁴² In een situatie waarin beboeting door bestuursorganen via de bestuurlijke strafbeschikking loopt, kan nadere normering plaatsvinden in de algemene maatregel van bestuur waarin de bevoegdheid tot het uitvaardigen van de bestuurlijke strafbeschikking vorm krijgt en in de richtlijnen waarin het openbaar ministerie het gebruik van deze bevoegdheden nader kan normeren. Die normering kan ook het maximum van een door een bestuursorgaan op te leggen boete betreffen.

Denkbaar is om ook nog andere structuren in te richten waarin de samenwerking tussen het openbaar ministerie en bestuursorganen ingekaderd wordt. Van belang in dit opzicht is art. 58a Wed zoals dat is opgenomen in de Wet verbetering vergunningverlening, toezicht en handhaving.²⁴³ Dat artikel biedt een basis voor bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels over 'de samenwerking van de personen en instanties die belast zijn met de opsporing van economische delicten onderling en met de bestuursorganen die belast zijn met de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens de in de artikelen 1 en 1a genoemde wetten'. Die regels 'kunnen onder meer betrekking hebben op het volgens een strategie en programma uitoefenen van bevoegdheden tot opsporing van overtredingen van nader aangeduide wettelijke voorschriften en de afstemming daarvan met de uitoefening van bevoegdheden ten behoeve van de bestuursrechtelijke handhaving'. Voorgeschreven is ten slotte dat de Minister van Veiligheid en Justitie, andere ministers die het mede aangaat, het openbaar ministerie en de bestuursorganen, bedoeld in het eerste lid, regelmatig gezamenlijk

²³⁸ Zie voor het boetebesluit op <http://www.nza.nl>.

²³⁹ Zie *Handelingen II* 1 juli 2014, p. 100-42-1 t/m 100-42-40. Zie in relatie tot dit debat ook een lijst met vragen en antwoorden (*Kamerstukken II* 2013/14, 28 828, nr. 63), de (stemmingen over de) moties (*Handelingen II* 3 juli 2014, p.102-45-1, 2) en de nagalm bij de (stemming over een) door het kamerlid Leijten (SP) ingediende motie bij een debat over fraudebestrijding (*Kamerstukken II* 2014/15, 28 828, nr. 76). Deze motie, die wilde dat het OM voortaan de afweging maakt of 'tot een bestuurlijke dan wel strafrechtelijke vervolging overgegaan wordt', kreeg de steun van een groot deel van de oppositie, waaronder CDA, SP en PVV (*Handelingen II* 10 februari 2015, p. 52-20-2).

²⁴⁰ Of die gedachte juist is, staat overigens niet vast. In HR 6 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2978 beantwoordt de Hoge Raad de vraag of een opgelegde bestuurlijke boete aan het opleggen van een strafrechtelijke sanctie in de weg staat in het licht van art. 243 lid 2 Sv en art. 5:44 Awb. De gekozen benadering lijkt de mogelijkheid open te laten dat volgens de Hoge Raad een strafrechtelijke veroordeling kan volgen als de bestuurlijke boete ten onrechte niet aan het OM is voorgelegd.

²⁴¹ Daarnaast leefde in ieder geval bij D66, PVV en SP de irritatie dat de 'kleine pgb-sjoemelaar' met het strafrecht te maken krijgt, terwijl ziekenhuizen die hun zaken niet op orde hebben een deal krijgen (p. 1). 'Is strafrechtelijke vervolging in ons land alleen nog maar voor Jan met de pet?' (p. 3). Zie ook p. 5.

²⁴² Zie bijvoorbeeld p. 11 (dringend beroep op partijen om protocol te actualiseren); p. 12 ('Ik ben geen eigenaar van het protocol').

²⁴³ Wet van 9 december 2015, *Stb.* 521.

overleggen over de uitoefening van de taken en bevoegdheden in het kader van de samenwerking, bedoeld in het eerste lid. Deze overlegplicht zou kunnen worden uitgebreid tot richtlijnen inzake de bestuurlijke strafbeschikking, in het geval daarover geen overeenstemming is bereikt.²⁴⁴

Met een aanpassing van het strafrecht langs deze lijnen zou het tweede punt van verschil dat thans tot een keuze voor de bestuurlijke boete kan leiden, geen belangrijke rol meer spelen. Het bestuursorgaan beslist binnen de kaders die het recht stelt of het een bestuurlijke strafbeschikking uitvaardigt. Daarbij is het bestuursorgaan net als bij de bestuurlijke boete aan een straftoemetingskader gebonden. De aard van de feiten en de professionaliteit van het bestuursorgaan brengen mee dat dit kader in veel gevallen niet zeer strikt zal behoeven te zijn. Indien tegen de strafbeschikking verzet wordt ingesteld, heeft het bestuursorgaan vervolgens het recht om ter terechtzitting het woord te voeren. Tegelijk blijft een belangrijk voordeel van inbedding in het strafrecht behouden. Het openbaar ministerie wordt bij de zaak betrokken als tegen de bestuurlijke strafbeschikking verzet wordt ingesteld. In zaken waarin het openbaar ministerie de door het bestuursorgaan opgelegde boete te hoog of te laag vindt, kan het ter terechtzitting een strafeis formuleren die afwijkt van de straf die het bestuursorgaan heeft opgelegd. Het bestuursorgaan kan daar de eigen visie tegenover stellen; de rechter beslist. Daarmee kan het openbaar ministerie nog steeds de coherentie van de punitieve handhaving bewaken. En de minister van Veiligheid en Justitie heeft een mogelijkheid om via het openbaar ministerie te doen wat de Raad van State van hem vraagt: regie voeren over de hoogte van opgelegde boetes.

3.4 Financiële aspecten

Strafrecht en bestuursrecht verschillen ook waar het de financiële aspecten van handhaving betreft. Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan de kosten. De politie en het openbaar ministerie ressorteren onder en worden bekostigd uit de begroting van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Bijzondere opsporingsdiensten ressorteren onder en worden bekostigd door andere ministeries. Ook andere al dan niet bijzondere opsporingsambtenaren staan veelal op de loonlijst van andere bestuursorganen dan het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Wat betreft de opbrengsten is er een duidelijk verschil tussen het strafrecht en de bestuurlijke boete. Art. 35 lid 2 Sr bepaalt dat al hetgeen wordt verkregen uit geldboeten en verbeurdverklaringen ten bate komt van de Staat. Art. 5:10 lid 1 Awb bepaalt dat voor zover een bestuurlijke sanctie verplicht tot betaling van een geldsom, deze geldsom toekomt aan het bestuursorgaan dat de sanctie heeft opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.

Uit de gang van zaken rond de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte kan worden afgeleid dat dit verschil van belang kan zijn voor de keuze tussen strafrecht en bestuurlijke boete. Ingevolge deze wet kan de gemeenteraad bepalen dat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd voor overtreding van voorschriften uit zijn verordeningen betreffende gedragingen die kunnen leiden tot overlast in de openbare ruimte (art. 154b Gemeentewet). Daarbij is voorzien in een stelsel waarin de punitieve handhaving zowel via het strafrecht als via het bestuursrecht kon plaatsvinden.²⁴⁵ In het strafrecht is vervolgens de mogelijkheid gecreëerd van afdoening via een bestuurlijke

²⁴⁴ Vgl. Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015, hoofdstuk 4, par. 8.3..

²⁴⁵ Vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 101, nr. 3.

strafbeschikking overlast.²⁴⁶ Daarbij werd op basis van de Vergoedingsregeling gemeenten voor handhaving parkeren en overlast aanvankelijk een vergoeding verstrekt aan gemeenten voor door buitengewone opsporingsambtenaren opgemaakte processen-verbaal wegens in de bijbehorende feitenlijst vermelde feiten waarvoor een strafbeschikking kan worden uitgevaardigd.²⁴⁷ Flight, Hartmann en Nauta hebben de bestuurlijke strafbeschikking overlast en de bestuurlijke boete overlast in 2012 in opdracht van het WODC geëvalueerd.²⁴⁸ Uit die evaluatie bleek dat geen enkele gemeente had gekozen voor de bestuurlijke boete. Ongeveer één op de vijf gemeenten (21%) gaf aan op de bestuurlijke boete te willen overstappen als de vergoeding zou worden afgeschaft.²⁴⁹

Het Wetboek van Strafvordering kent een mogelijkheid om voor de verdeling van de opbrengsten uit geldboetes een andere regeling te creëren. Art. 576a Sv biedt een wettelijke grondslag voor een algemene maatregel van bestuur waarin wordt bepaald 'dat de staat geldbedragen, verkregen uit de tenuitvoerlegging van geldboetes, op een daarbij vast te stellen grondslag en naar daarbij vast te stellen regelen ten goede laat komen aan een rechtspersoon die krachtens het publiekrecht is ingesteld'.²⁵⁰ Van deze wettelijke voorziening kan gebruik worden gemaakt op de terreinen waar het financiële aspect er toe doet.

Bij het vaststellen van de grondslag zou in die gevallen uit kunnen worden gegaan van een realiteit waarin zowel bestuursorganen als strafvorderlijke organen kosten maken en inspanningen leveren om de punitieve handhaving op een bepaald rechtsterrein gestalte te geven. Die verdeling van kosten en inspanningen kan per rechtsterrein verschillen. De baten zijn hoger naarmate er meer en hogere boetes worden opgelegd en geïnd. De kosten voor het Ministerie van Veiligheid en Justitie zijn lager naarmate de inning probleemlozer is en er minder verzet en andere rechtsmiddelen worden aangewend. Daar zou bij de vaststelling van de grondslag rekening mee kunnen worden gehouden. Een algemene maatregel van bestuur die de verdeling van baten op een dergelijke grondslag mogelijk maakt, kan ook een stimulans zijn tot een adequate hantering van verleende bevoegdheden tot het uitvaardigen van strafbeschikkingen. Naarmate opsporingsambtenaren en bestuursorganen er in slagen om bij het toepassen van bevoegdheden op grond van de artikelen 257b en 257ba Sv een straftoemeting te realiseren die minder tot het instellen van verzet aanleiding geeft, is de afweging tussen kosten en baten voor het bestuursorgaan gunstiger.²⁵¹

Denkbaar is ook een aanpassing in het bestuursrecht, van art. 5:10 Awb. Daarin zou bepaald kunnen worden dat de opbrengst van bestuurlijke boetes ten bate komt van de Staat. Een eerste argument voor een dergelijke wijziging zou kunnen zijn dat de Staat het merendeel van de kosten van punitieve handhaving draagt. Bezien vanuit de logica achter de huidige regeling heeft het iets merkwaardigs dat bestuursorganen de opbrengsten van bestuurlijke boetes incasseren terwijl het departement van Veiligheid en Justitie de kosten van uit bestuurlijke handhaving voortvloeiende procedures grotendeels draagt. De vervuiler betaalt hier niet. Een tweede, principiële argument zou

²⁴⁶ Zie daarvoor thans de Aanwijzing OM-strafbeschikking van 1 april 2015, 2015A004 (www.om.nl).

²⁴⁷ Regeling van de Minister van Justitie van 6 mei 2008, nr. 5521102/07, *Stcrt.* 2008, 88.

²⁴⁸ Flight, Hartmann en Nauta 2012.

²⁴⁹ Inmiddels is de p.v.-vergoeding per 1 januari 2015 afgeschaft. Uit een onderzoek dat in verband daarmee is verricht, kan worden afgeleid dat de gedachte aan een overstap op de bestuurlijke boete hier en daar nu inderdaad speelt (zie Aarts e.a. 2015, verschenen als bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 34 000 VI, nr. 100, p. 67).

²⁵⁰ Vgl. ook art. 76 lid 4 Awr.

²⁵¹ Zie nader Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015.

kunnen zijn dat het belang van de overheid bij de opbrengsten van boetes bij de inrichting van de rechtshandhaving in het geheel geen rol mag spelen.²⁵² Bij realisatie van deze aanpassing zou de wenselijkheid van een aanpassing van het straf(proces)recht in de vorm van een tot stand te brengen algemene maatregel van bestuur (grotendeels) komen te vervallen.

3.5 *De efficiëntie van het strafprocesrecht*

Het ongevraagde advies van de Afdeling advisering van de Raad van State gaat er van uit dat het punitieve bestuursrecht nog steeds efficiënter is dan het strafrecht. Betwijfeld kan worden, zo werd aangegeven, of die veronderstelling over de volle linie juist is. In het kader van de bestuurlijke strafbeschikking is een efficiënte taakverdeling gerealiseerd. Dat neemt evenwel niet weg dat strafprocesrecht en bestuursprocesrecht nogal wat verschillen kennen die vanuit het oogpunt van efficiëntie in beginsel tot een keuze voor het bestuursprocesrecht zouden kunnen leiden.

Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan verschillen in de wijze waarop het zonder goede reden inschakelen van de rechter wordt tegengegaan. Het bestuursprocesrecht kent een bezwaarschriftprocedure. En de burger die een beschikking bij de bestuursrechter wil aanvechten is griffierechten verschuldigd. In het strafrecht riskeert de verdachte die verzet instelt tegen een strafbeschikking een strafverhoging. Indien de verdachte geen reden voor het inschakelen van de rechter opgeeft en ter terechtzitting verstek laat gaan, is het reëel dat die mogelijkheid zich realiseert.²⁵³ Denkbaar is, het strafprocesrecht op dit punt meer naar het bestuursprocesrecht te modelleren.²⁵⁴ Een dergelijke verstrekkende aanpassing van het strafprocesrecht komt alles afwegend echter niet wenselijk voor. De voordelen uit oogpunt van efficiëntie van het bestuursprocesrecht zijn niet evident. Met het afwikkelen van een bezwaarschriftprocedure zijn kosten en tijdverlies gemoeid die in het strafrecht uitgespaard worden. Daar komt bij dat tegenover het eventuele voordeel van grotere efficiëntie door heffing van griffierechten het nadeel staat dat de toegang tot de rechter wordt bemoeilijkt. Dat klemmt in het bijzonder bij weinig kapitaalkrachtige burgers. Het recht op toegang tot de rechter wordt daarbij door art. 6 EVRM gewaarborgd.²⁵⁵

Wel zou het wenselijk kunnen zijn om in het strafrecht op nader afgebakende rechtsterreinen te kiezen voor een andere combinatie van mechanismen die het zonder goede grond inschakelen van de

²⁵² Vgl. daarover het interview met Berghuis in Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015, vraag 4.5. Berghuis geeft aan er altijd voor te hebben gepleit de opbrengst van boetes en transacties als exogene opbrengst bij het Ministerie van Financiën te laten neerdalen. De huidige regeling perverteert zijn inziens, of het een gemeente of een departement betreft maakt niet uit. Bij een aanpassing van art. 5:10 Awb zou passen dat ook dit pleidooi alsnog wordt gehonoreerd, en de opbrengsten van strafrechtelijke boetes niet langer bij het Ministerie van Veiligheid en Justitie terechtkomen.

²⁵³ Vgl. de Aanwijzing OM-strafbeschikking van 1 april 2015 (2015A004, www.om.nl): 'Ter terechtzitting zal de officier van justitie in beginsel geen zwaardere sanctie eisen dan de sanctie van de strafbeschikking, tenzij de bestrafte geen inhoudelijke gronden aanvoert waarop zijn verzet is gebaseerd. Een dergelijke situatie kan voorkomen wanneer de bestrafte in het verzetschrift geen gronden heeft aangegeven en eveneens verstek laat gaan ter terechtzitting, dan wel verschijnt maar geen inhoudelijk verweer voert.'

²⁵⁴ Die mogelijkheid wordt genoemd in het ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, par. 6 onder b; zie ook de Bijlage onder b.

²⁵⁵ Vgl. bijvoorbeeld Keulen en Knigge 2010, p. 147 e.v.. Zie ook Barkhuysen e.a. 2014, p. 65, die vaststellen dat een zeer hoog griffierecht een onaanvaardbare belemmering kan vormen van toegang tot de rechter. Vgl. in dit verband Dijkstra 2013, die beschrijft tot welke onrechtvaardigheden de belemmeringen van de toegang tot de rechter in het stelsel van de Wvha bij de punitieve handhaving van de WAM via registercontrole leiden.

rechter tegen gaan. Daarbij kan ook de zekerheidstelling die in de context van de Wahv wordt gehanteerd in de beschouwingen worden betrokken (art. 11). Een dergelijke afwijkende regeling kan vooral wenselijk zijn op rechtsterreinen waar de straftoemeting sterk getarifeerd is, de mogelijkheid van een strafverhoging bij het niet voeren van verweer het beroep op de rechter te weinig ontmoedigt, en de normadressaten van de regeling verondersteld mogen worden voldoende kapitaalkrachtig te zijn om zekerheid te stellen of griffierecht te betalen. Of aan dergelijke afwijkende regelingen behoefte is hangt mede af van het lot van het voorstel van wet dat wil regelen dat veroordeelden een eigen bijdrage aan de kosten van strafvordering en slachtofferzorg betalen.²⁵⁶ In het geval dit wetsvoorstel door de Eerste Kamer zou worden aanvaard en in werking zou treden, moet de betrokkene na zijn veroordeling een nader vast te stellen bedrag betalen. De verschillen met het bestuursrecht, waar voor het inschakelen van de rechter griffiegeld verschuldigd is, worden dan geringer.

Ook de wijze waarop de procesvoering in beide rechtsgebieden is ingericht, zou tot een verschil in efficiëntie kunnen leiden. In het strafproces vormt de rechter zelfstandig zijn oordeel op grondslag van de tenlastelegging. In het bestuursrecht beoordeelt de rechter of de uitgevaardigde beschikking in stand kan blijven. Denkbaar is in beginsel dat toetsing van een bestraffende beschikking gemiddeld genomen minder capaciteit kost dan een integrale beoordeling van de strafzaak.²⁵⁷

In rechtspraak van bestuursrechters is evenwel een tendens zichtbaar die maakt dat het verschil tussen de beoordeling door de bestuursrechter en de strafrechter minder groot is dan op het eerste gezicht wellicht lijkt. Wat de omvang van het geding betreft is art. 8:69 Awb leidend. Daarin wordt vooropgesteld dat de rechtbank uitspraak doet op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting (lid 1).²⁵⁸ Regel is derhalve dat het geding zich beperkt tot de gronden van het beroep. Die gronden kunnen daarbij niet treden buiten hetgeen in bezwaar is aangevoerd.²⁵⁹ Maar uit rechtspraak van de Raad van State volgt dat bij punitieve sancties nieuwe gronden die pas ter zitting worden aangevoerd bij de beoordeling dienen te worden betrokken.²⁶⁰ Ook wat de bewijslastverdeling betreft wordt aansluiting gezocht bij het strafrecht. Zo besliste de belastingkamer van de Hoge Raad dat bij de beantwoording van de vraag of zich in een concreet geval een overtreding heeft voorgedaan, als uitgangspunt geldt dat op het bestuursorgaan de bewijslast rust, en dat ingeval van twijfel aan de betrokkene het voordeel van de twijfel dient te worden gegund.²⁶¹ De Raad van State heeft zich daar bij aangesloten.²⁶² Wat de strafoplegging betreft is in de memorie van toelichting bij de vierde tranche van de Awb al uitgesproken dat de rechter de bestraffende sanctie niet marginaal toetst, maar zijn eigen oordeel over de hoogte van de boete in de plaats mag stellen van het oordeel van het bestuursorgaan.²⁶³ Het ongevraagd advies dat

²⁵⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 067, A, Gewijzigd voorstel van wet. Concept-art. 592b lid 2 Sv sluit zaken waarin verzet is gedaan tegen een strafbeschikking overigens van toepassing van deze regeling uit.

²⁵⁷ Al wijst de inrichting van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke vonnissen niet in de richting van een bevestigend antwoord.

²⁵⁸ De rechtbank vult de rechtsgronden evenwel ambtshalve aan en kan de feiten ambtshalve aanvullen (lid 2 en 3).

²⁵⁹ Vgl. bijvoorbeeld Stijnen 2011, p. 336 e.v..

²⁶⁰ Zie ABRvS 1 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO5745, rov 2.5.1.

²⁶¹ HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN6324, rov. 4.8.3.

²⁶² Vgl. ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:234, AB 2013/274 m.nt. R. Stijnen. Zie over de regeling van bewijs in bestuurs- en strafprocesrecht nader Albers 2014, p. 78 e.v.

²⁶³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 128, 141. Zie over de toetsing van bestuurlijke boetes (met name aan het evenredigheidsbeginsel) uitgebreid Van Emmerik en Saris 2014.

de Afdeling advisering van de Raad van State heeft uitgebracht, lijkt hier nog verdergaande stappen te willen zetten.²⁶⁴

Het verschil is derhalve minder groot dan het lijkt, en de richting waarin de rechtspraak van bestuursrechters zich beweegt maakt duidelijk dat dit aspect van het strafrechtelijke procesmodel onverminderd aantrekkelijk is. De wijze van beoordeling door de strafrechter sluit voorts nauw aan bij strafrechtelijke doelstellingen. De verwerkelijking van het materiële strafrecht en, meer in het algemeen, een adequate reactie op een strafbaar feit, zijn er bij gebaat dat de strafrechter zich naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting een eigen oordeel vormt.²⁶⁵ Al met al ligt het niet in de rede om het strafrecht op dit punt systematisch en over de hele linie aan te passen.

Voorstelbaar is wel dat de kwaliteit van de procesvoering er op een specifiek terrein bij gebaat is dat in het proces de juistheid van een (gemotiveerde) beschikking centraal staat. Te denken valt aan het mededingingsrecht. Daar doet zich de combinatie voor van een ingewikkeld rechtsgebied, kapitaalkrachtige verdachten en financiële sancties. De complexiteit van het rechtsgebied kan het wenselijk maken van de rechter niet een integraal oordeel te vergen op basis van een behandeling ter terechtzitting. Dat de verdachten kapitaalkrachtig zijn, maakt het eerder verantwoord erop te vertrouwen dat de advocaten die verweer voeren tegen de gemotiveerde beschikking niets wezenlijks hebben gemist. Dat slechts financiële sancties worden opgelegd, en geen vrijheidsstraffen, mag ten slotte ook meewegen bij de vormgeving van een procesmodel. Voor die gevallen zou in het strafrecht op termijn een (enigszins) afwijkend procesmodel gerealiseerd kunnen worden.²⁶⁶ Maar dat zijn niet de gevallen waar thans de aandacht naar uitgaat. Op de kortere termijn gaat het vooral om de vraag of de punitieve handhaving op het terrein van de sociale zekerheid en het omgevingsrecht (deels) via de bestuurlijke strafbeschikking kan plaatsvinden. Daarvoor is het bestaande strafprocessuele model toereikend.

Wat de efficiëntie van beide stelsels betreft kan voorts van belang zijn dat het instellen van gewone rechtsmiddelen er in het strafrecht in beginsel toe leidt dat de bestreden beslissing niet ten uitvoer mag worden gelegd (art. 557 Sv). In het bestuursrecht komt aan het instellen van bezwaar of beroep geen schorsende werking toe (art. 6:16 Awb). En hetzelfde geldt voor het instellen van hoger beroep en beroep in cassatie (art. 6:24 Awb).

Ook op dit punt zijn de verschillen uit oogpunt van efficiëntie evenwel minder groot dan op het eerste gezicht wellicht lijkt. Hoger beroep is in het strafrecht uitgesloten als de boete één of meer overtredingen betreft en maximaal vijftig euro bedraagt (art. 404 Sv). Indien hoger beroep openstaat en is ingesteld tegen een vonnis betreffende uitsluitend overtredingen of misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van niet meer dan vier jaren is gesteld, waarbij geen andere straf of maatregel is opgelegd dan een geldboete tot een maximum van vijfhonderd euro (of geldboetes

²⁶⁴ Zie par. 6 en Bijlage onder a. Vgl. in dit verband ook de benadering in ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3520 en 3597.

²⁶⁵ Denkbaar zou op zichzelf wel zijn, de rechter meer keus te bieden bij de juridisch-technische verwerking van dit eigen oordeel. Indien de rechter tot een materiële einduitspraak komt, wordt de strafbeschikking standaard vernietigd (art. 257f lid 4 Sv); de appelrechter kan kiezen of hij het bestreden vonnis bevestigt of vernietigt (art. 423 Sv). Door de rechter de keus te bieden tussen bevestigen en vernietigen van strafbeschikkingen zou hem een handvat worden geboden om tekortkomingen die aan de strafbeschikking kleven in zijn vonnis aan de orde te stellen. De verschillen met het bestuursrecht zouden daardoor kleiner worden.

²⁶⁶ Zie nader Keulen 2012, p. 13-15.

die gezamenlijk niet boven dat maximum komen), wordt het ingestelde hoger beroep slechts ter terechtzitting aanhangig gemaakt en behandeld als de voorzitter daartoe verlof verleent (art. 410a Sv).²⁶⁷ Tegen de beslissing van de voorzitter staat geen rechtsmiddel open. Beroep in cassatie is uitgesloten als de boete één of meer overtredingen betreft en maximaal tweehonderdvijftig euro bedraagt (art. 427 Sv). Als een rechtsmiddel niet open staat, behoeft het aanwenden daarvan niet tot uitstel van tenuitvoerlegging te leiden (vgl. art. 557 Sv). Tegelijk bestaat in het bestuursrecht de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te vragen die de tenuitvoerlegging van de bestuurlijke sanctie opschort.²⁶⁸ Dat kan tot uitstel leiden en het leidt tot extra beslag op rechterlijke capaciteit.

Daarbij heeft het strafrechtelijke uitgangspunt een deugdelijke grond. Rechtsmiddelen worden opengesteld mede om te bevorderen dat een beslissing tot stand komt die juist is. Daarbij past dat pas tot tenuitvoerlegging wordt overgegaan als ingestelde gewone rechtsmiddelen zijn behandeld of de termijn voor instelling is verstreken. In het ongevraagd advies van de Raad van State wordt juist de stand van zaken in het bestuursrecht op dit terrein sterk bekritiseerd: er lijkt 'geen rechtvaardiging te bestaan voor (...) het ontbreken van schorsende werking van rechtsmiddelen voor het bestuursrecht in het licht van de gewijzigde context waarin de bestuurlijke boete tegenwoordig functioneert' (p. 23).²⁶⁹ Dat de Raad van State de wetgever aanraadt om bij de huidige stand van zaken aan iedere nieuw te introduceren wettelijke bevoegdheid tot handhaving via de bestuurlijke boete een grens te stellen (p. 17-18) berust mede op deze waardering. Tegelijk is de opschortende werking in het strafrecht geen dogma waar geen uitzonderingen op bestaan; dadelijke uitvoerbaarheid is ook in het strafrecht in sommige gevallen mogelijk gemaakt.²⁷⁰ Waar duidelijk zou worden dat de nadelen van opschortende werking groter zijn dan de voordelen, kunnen nieuwe uitzonderingen worden gemaakt.

Er bestaan meer verschillen tussen strafprocesrecht en bestuursprocesrecht. Zo verschillen ook de verplichtingen tot horen (vgl. art. 257c Sv en art. 5:53 Awb).²⁷¹ Bij deze verschillen is evenwel nog minder aannemelijk dat zij op tekortkomingen van het strafprocesrecht wijzen die over de hele linie dienen te worden aangepast om de punitieve handhaving weer in ruimere mate via het strafrecht te kunnen laten lopen.²⁷² Tegen die achtergrond wordt van een bespreking afgezien.

²⁶⁷ Uit de Contourennota blijkt wel dat er plannen zijn het verlostelsel af te schaffen (*Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 89). Onduidelijk is nog of realisatie van dat voornemen gekoppeld zal worden aan andere beperkingen van het hoger beroep.

²⁶⁸ Zie daarover nader Barkhuysen e.a. 2014, p. 66-67. Zij wijzen ook op enkele situaties waarin bezwaar of beroep wel schorsende werking heeft, p. 154-155.

²⁶⁹ Het ontbreken van schorsende werking speelt overigens niet alleen bij boetes. Veel kritiek bestaat ook op de openbaarmaking van boetes voordat deze in kracht van gewijsde zijn gegaan. Vgl. Doorenbos 2007, p. 94-97.

²⁷⁰ Vooral de grond voor dadelijke uitvoerbaarheid bij de vrijheidsbeperkende maatregel is daarbij ruim geformuleerd (art. 38v lid 4 Sr).

²⁷¹ Zie daarover en over andere verschillen (onder anderen) ook Bröring en Jurgens 2006.

²⁷² Het ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State noemt, in een analyse van verschillen die volgens de Afdeling opgeheven zouden moeten worden, als ik het goed zie slechts één punt waar het strafprocesrecht in lijn zou moeten worden gebracht met het bestuursprocesrecht. De termijn voor het instellen van verzet tegen een strafbeschikking zou op zes weken gesteld moeten worden. Tegen een dergelijke aanpassing pleit evenwel in de eerste plaats het streven naar korte doorlooptijden (thans is de verzettermijn voor de verdachte die met de strafbeschikking op de hoogte is twee weken), in de tweede plaats de moeilijk te rechtvaardigen verslechtering van de rechtspositie van de verdachte aan wie de strafbeschikking niet in persoon wordt uitgereikt, en in de derde plaats de inconsistenties die daardoor binnen het strafrecht ontstaan met de termijnen voor het instellen van hoger beroep en beroep in cassatie.

Het beeld is bovendien wel duidelijk. Er is geen aanleiding om het strafprocesrecht uit een oogpunt van efficiëntie over de hele linie anders in te richten om aantrekkelijke aspecten van het bestuursrecht te neutraliseren. Wel valt te overwegen om binnen het strafprocesrecht, op termijn en afhankelijk van de behoefte, in ruimere mate te differentiëren tussen procesvormen. Met dat voorstel wordt in zeker opzicht een lijn van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 doorgetrokken.²⁷³ Strafvordering 2001 onderscheidde drie sporen, waarvan het derde spoor op buitengerechtelijke afdoening zag. De achtergrond van dat onderscheid was ook al, dat differentiatie van procesvormen in het strafprocesrecht wenselijk is om recht te (kunnen) doen aan wat op het spel staat. De mogelijkheden om punitieve handhaving via het strafrecht te realiseren worden vergroot als binnen het derde spoor een verdere differentiatie van procesvormen plaatsvindt. Daarbij kan een pragmatische benadering leidend zijn.

3.6 *Concentratie van procedures*

In het onderzoek naar de punitieve handhaving van de Omgevingswet heeft Bröring als punt van verschil naar voren gebracht dat in het bestuursrecht een bestuurlijke herstelsanctie en een bestuurlijke boete gecombineerd kunnen worden in de rechterlijke fase.²⁷⁴ Voordeel daarvan is volgens hem dat wanneer voor dezelfde gedraging zowel een herstelsanctie als een bestraffende sanctie is opgelegd en dezelfde rechter over beide sancties oordeelt, de kans op tegenstrijdige oordelen minder groot is dan wanneer ter zake van diezelfde gedraging verschillende rechters oordelen. Daarnaast wijst Bröring op efficiencyvoordelen: minder rechters behoeven zich in te lezen, er kan met één zitting worden volstaan etc. En ook voor de overtreder zou het in het algemeen aantrekkelijker zijn om met één in plaats van met twee procedures te worden geconfronteerd.

Concentratie van procedures kan inderdaad voordelen hebben. Die voordelen hebben er in het strafprocesrecht toe geleid dat aan degene die rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit, de gelegenheid wordt geboden zich als benadeelde partij te voegen (art. 51f Sv). Daarbij hebben vooral de belangen van degene die rechtstreeks schade heeft geleden zwaar gewogen. Die kan zijn vordering in het strafproces laten beoordelen en behoeft geen civiele procedure (met de daaraan verbonden kosten) te voeren. Tegelijk is bij de inbedding in het strafrecht rekening gehouden met het civielrechtelijke karakter van de vordering. De vordering wordt beoordeeld naar maatstaven van burgerlijk recht.²⁷⁵ Verder is onder ogen gezien dat de voordelen van concentratie in het concrete geval moeten opwegen tegen de nadelen. De benadeelde partij kan niet ontvankelijk worden verklaard als de behandeling van de vordering naar het oordeel van de rechtbank een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert (art. 361 Sv).

Aan een gezamenlijke behandeling van een punitieve sanctie en een bestuurlijke herstelsanctie door de bestuursrechter zitten evenwel niet alleen voordelen. De rechtspositie van de betrokkene in het bestuursrecht verschilt al naar gelang het geding een herstelsanctie dan wel een bestuurlijke boete betreft. Partijen die door de bestuursrechter zijn opgeroepen om in persoon dan wel bij gemachtigde te verschijnen, zijn verplicht te verschijnen en de verlangde inlichtingen te geven (art. 8:27 Awb). Indien het beroep is ingesteld tegen een bestuurlijke boete is de partij aan wie de bestuurlijke boete is

²⁷³ Vgl. Groenhuijsen en Knigge 1999, p. 41.

²⁷⁴ Hoofdstuk 5, par. 5.6. Zie eerder in die lijn ook Jurgens 2007, p. 68-70.

²⁷⁵ Zie Langemeijer 2010, p. 125 e.v..

opgelegd evenwel niet verplicht omtrent de overtreding verklaringen af te leggen (art. 8:28a Awb). Dat verschil in rechtspositie creëert risico's voor een proces waarin de betrokkene zowel tegen een bestuurlijke herstelsanctie als tegen een bestraffende sanctie verweer voert. Aan HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:466, *NJ* 2014, 474 m.nt. J.M. Reijntjes valt een aanwijzing te ontleen dat een dergelijke wijze van procesvoering in het strafrecht niet zou worden toegestaan. Het gerechtshof had iemand tegelijk gehoord als verdachte in de eigen strafzaak en als getuige in de strafzaak van de medeverdachte. Daarbij zal het belang van concentratie van procedures een rol hebben gespeeld. Aan de verdachte is uitdrukkelijk meegedeeld dat hij zich kon beroepen op zijn zwijgrecht, ook als getuige. Desondanks casseerde de Hoge Raad. Uit het samenstel van toepasselijke wetsbepalingen werd afgeleid dat deze werkwijze niet past in het Nederlandse stelsel van strafvordering, in het bijzonder niet omdat de verklaringsvrijheid van de verdachte zo op ontoelaatbare wijze onder druk zou kunnen komen te staan.

Bij dit nadeel voegen zich nadelen uit oogpunt van rechtseenheid en rechtsgelijkheid in het geval de overtreding of een vergelijkbare overtreding ook aan de strafrechter kan worden voorgelegd. Bij berechting door de bestuursrechter en de strafrechter zijn andere rechtsregels van toepassing, zowel materieelrechtelijk als formeelrechtelijk. In dit opzicht is er een verschil met de vordering van de benadeelde partij. De strafrechter beoordeelt die vordering zoals wij zagen naar maatstaven van burgerlijk recht. De bestuursrechter beoordeelt de bestuurlijke boete volgens de maatstaven van de Algemene wet bestuursrecht. Verder is de Hoge Raad in civiele zaken en in strafzaken de hoogste rechter. Indien in een strafzaak lastige vragen van burgerlijk recht aan de orde zijn, kan van de deskundigheid van leden van de civiele kamer gebruik worden gemaakt. De verhouding met de Raad van State is anders, al is er ook overleg tussen Hoge Raad en Raad van State over kwesties op het snijvlak van beide rechtsgebieden. Voor de overtreder geldt voorts dat aan een geconcentreerde behandeling onder het bestuursprocesrecht niet enkel voordelen behoeven te zitten. De Afdeling advisering van de Raad van State is blijkens het ongevraagd advies van oordeel dat het bestuursprocesrecht uit oogpunt van rechtsbescherming niet gelijkwaardig is aan het strafprocesrecht. In het strafprocesrecht is de keuze om zich te voegen aan de benadeelde partij overgelaten. Als de keuze voor een geconcentreerde behandeling van herstelsancties en punitieve sancties in het bestuursprocesrecht niet aan de betrokkene kan worden overgelaten, kan niet worden vastgesteld of de betrokkene die geconcentreerde berechting werkelijk als een voordeel ziet. Misschien zou hij zijn bezwaren tegen de boete wel liever aan de strafrechter hebben voorgelegd, om vervolgens diens zelfstandig oordeel af te wachten.

In de context van deze paragraaf is vervolgens de vraag aan de orde of het in de rede ligt het strafproces zo aan te passen dat daarin bestuurlijke herstelsancties naast strafsancties kunnen worden opgelegd. Indien bestuursorganen een procespositie krijgen in het strafproces, zou het opleggen van een bestuurlijke herstelsanctie in beginsel in het strafproces kunnen worden meegenomen.²⁷⁶ Het bezwaar van een verschil in rechtspositie van de betrokkene speelt in dat geval niet: als verdachte heeft de betrokkene een zwijgrecht, ook voor zover een herstelsanctie op het spel staat. De aspecten van rechtseenheid en rechtsgelijkheid spelen wel. Het bestuursorgaan kan zelfstandig een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang opleggen. De behandeling van het beroep is in dat geval aan de bestuursrechter. Dat stelsel wordt tot op zekere hoogte doorkruist als een last onder dwangsom

²⁷⁶ Voorstellen in die richting zijn eerder gedaan in Jansen 2002, p. 250, Gritter, Knigge en Kwakman 2005, p.152-153. Vgl. ook Schoep en Schuyt 2009, p. 64-66.

of een last onder bestuursdwang ook in het strafrecht door of op vordering van het bestuursorgaan zou kunnen worden opgelegd. Aan de andere kant volgt uit het wettelijk stelsel dat een samenloop van op herstel gerichte sancties zich thans ook al kan voordoen. De Wed kent een specifieke herstelsanctie²⁷⁷, en via een voorwaardelijke veroordeling kunnen over de hele linie van het strafrecht voorwaarden worden opgelegd die herstel tot doel hebben.²⁷⁸ En de strafrechter zou waar het de beslissing over bestuurlijke maatregelen betreft aan bestuursrechtelijke kaders gebonden kunnen worden, zoals hij bij de beslissing over de vordering van de benadeelde partij aan het civiele recht gebonden is.

De vergelijking met de benadeelde partij laat zien dat het strafrecht wel van nut kan zijn voor het bestuursorgaan dat een herstelsanctie wil effectueren. In gevallen waarin de vordering van de benadeelde partij wordt toegewezen, kan tevens een schadevergoedingsmaatregel worden opgelegd. De grondslag daarvan is dezelfde als die van de vordering van de benadeelde partij: aansprakelijkheid naar burgerlijk recht. Het verschil is dat aan de schadevergoedingsmaatregel verdergaande rechtsgevolgen zijn verbonden. Zo wordt bij het opleggen vervangende hechtenis bepaald (art. 36f lid 8 Sr). Een dergelijke constructie zou ook in verband met bestuurlijke herstelsancties kunnen worden gecreëerd. Los daarvan kan het opleggen van herstelsancties via de strafrechter voor het bestuursorgaan het voordeel hebben dat het bestuursrechtelijke procesrisico wordt geëcarteerd. Als de strafrechter de herstelsanctie oplegt, loopt het bestuursorgaan niet het risico dat de beschikking door de bestuursrechter wordt vernietigd.

Al met al kan worden vastgesteld dat voordelen die met een concentratie van procedures bereikt kunnen worden, ook via het strafrecht te realiseren zijn. Hoe zwaar deze voordelen wegen, zal per rechtsgebied kunnen verschillen en zal ook van de normering van de punitieve sanctie af kunnen hangen. In gevallen waarin de punitieve sanctie een boete betreft waarvan de hoogte een rechtstreekse afgeleide van de hoogte van wederrechtelijk verkregen voordeel is, kan die afweging anders uitvallen dan in gevallen waarin de punitieve sanctie meer los staat van de herstelsanctie en met de persoonlijke schuld van de betrokkene rekening houdt. Van belang bij de te maken afweging is voorts dat ook op andere wijze kan worden bereikt dat één rechter over beide sancties oordeelt. Eén en dezelfde rechter kan als bestuursrechter en als strafrechter inhoudelijk verwante zaken afdoen.²⁷⁹ Maar voor de gevallen waarin concentratie van beslissingen over herstelsancties en punitieve sancties in één proces wenselijk wordt geoordeeld, ligt een aanpassing van het strafrecht die geconcentreerde afdoening mogelijk maakt in de rede.

²⁷⁷ Zie art. 8 onder c Wed: de verplichting tot verrichting van hetgeen wederrechtelijk is nagelaten, tenietdoening van hetgeen wederrechtelijk is verricht en verrichting van prestaties tot het goedmaken van een en ander, alles op kosten van de veroordeelde, voor zover de rechter niet anders bepaalt.

²⁷⁸ Zie art. 14c lid 2 Sr, waar onder meer als bijzondere voorwaarden zijn opgenomen: geheel of gedeeltelijk herstel van de door het strafbare feit veroorzaakte schade (2o), alsmede andere voorwaarden, het gedrag van de veroordeelde betreffende (14o).

²⁷⁹ Een dergelijke benadering zou passen bij een ontwikkeling die in Barkhuysen e.a. 2014, p. 188 wenselijk wordt geacht: recht spreken in flexibele, thematische verbanden zodat expertise wordt geconcentreerd en waarbij strafrechters en bestuursrechters worden betrokken. Een vergelijkbare benadering is te vinden in Witberg 2011, p. 277. Maar ook wie niet, zoals deze auteurs, naar een nieuwe opzet van de rechterlijke organisatie wil, kan voordelen zien in een iets minder strakke verdeling over de klassieke sectoren.

3.7 Tot slot

In deze paragraaf is onderzocht welke aanpassingen van het strafrecht in de rede zouden kunnen liggen bij een wens om de punitieve handhaving weer in ruimere mate via dat stelsel te laten verlopen. Twee mogelijke aanpassingen springen dan in het oog. De eerste betreft de normering van straftoemeting. Niet de rubricering van een sanctie maar de aard en de zwaarte ervan zou bij die normering de doorslag dienen te geven. Bij lichte overtredingen kan ook in het strafrecht de hoogte van op te leggen geldboetes nader worden genormeerd. En ook de straftoemeting bij recidive zou in een aantal gevallen (zoals de rijontzegging) nader kunnen worden genormeerd. De tweede aanpassing betreft de positie van bestuursorganen in het strafrecht. Bestuursorganen zouden in ieder geval in de strafzaken waarin zij een bestuurlijke strafbeschikking hebben uitgevaardigd het recht kunnen krijgen ter terechtzitting het woord te voeren. En het openbaar ministerie zou in die strafzaken het recht kunnen krijgen verstek te laten gaan als het bestuursorgaan van dat recht gebruik maakt. Als beide wijzigingen worden doorgevoerd, kan het strafrecht zich ontwikkelen tot een stelsel van samenwerking waarin de punitieve overheidsreactie in een groot aantal gevallen gestalte kan krijgen. Die mogelijkheden van het strafrecht als stelsel van samenwerking worden nog verder vergroot als het mogelijk wordt gemaakt om bestuurlijke herstelsancties in het strafproces mee te nemen.

Ook het verschil inzake de bestemming van de boete zou door een aanpassing in het strafrecht kunnen worden weggenomen. Een op art. 576a Sv gebaseerde algemene maatregel van bestuur kan regelen dat geldbedragen verkregen uit de tenuitvoerlegging van geldboetes op een daarbij vast te stellen grondslag ten goede komen aan rechtspersonen die krachtens het publiekrecht zijn ingesteld. Denkbaar is ook dat art. 5:10 Awb zo wordt aangepast dat de opbrengsten van bestuurlijke boetes voortaan ten bate komt aan de Staat. Indien bestuurlijke en strafrechtelijke boetes ten goede zouden komen aan de begroting van het Ministerie van Financiën, zou bij het opleggen van boetes niet langer een financieel belang spelen.

Aanpassingen met het oog op de efficiency van het strafrecht komen niet direct noodzakelijk voor. Of dat in de (nabije) toekomst anders komt te liggen is mede afhankelijk van het lot van het wetsvoorstel dat de veroordeelde een bijdrage aan de kosten van strafvordering en slachtofferzorg wil laten betalen. Wel valt te overwegen om binnen het strafprocesrecht, op termijn en afhankelijk van de behoeften, in ruimere mate te differentiëren tussen procesvormen.

4. Non bis in idem beginsel, onschuldpresumptie, strafrecht en bestuursrecht

4.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is verkend welke aanpassingen van het strafrecht in de rede liggen bij een wens om de punitieve handhaving weer in ruimere mate via dat stelsel te laten verlopen. Met een aangepast strafrecht zijn evenwel niet alle problemen rond de inrichting van de rechtshandhaving opgelost. Er blijven een strafrechtelijk en een bestuursrechtelijk traject bestaan en de verhouding tussen beide trajecten vraagt onverminderd de aandacht.

In deze paragraaf wordt de invloed van twee mensenrechtelijke beginselen op de vormgeving van de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht verkend. Het eerste is het non bis in idem

beginsel. De gang van zaken rond het asp illustreert al dat dit beginsel bij de vormgeving van de verhouding tussen beide rechtsgebieden van groot belang is. Het non bis in idem beginsel kan er aan in de weg staan dat sancties met een punitief karakter zowel via het bestuursrecht als via het strafrecht worden opgelegd, in twee afzonderlijke procedures die volledig los van elkaar staan. En ook de onschuldpresumptie is van belang bij de vormgeving van deze verhouding. Uit de rechtspraak van het EHRM inzake dit beginsel volgt dat er beperkingen zijn gesteld aan de mogelijkheden om sancties te baseren op gedrag waarvan de strafrechter de betrokkene heeft vrijgesproken.

De bespreking in deze paragraaf concentreert zich op de gevolgen die bij de inrichting van de rechtshandhaving aan (de rechtspraak inzake) deze beide mensenrechtelijke beginselen kunnen worden verbonden.²⁸⁰ Eerst wordt de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad inzake beide beginselen kort verkend. Daarna wordt bezien welke voorzieningen thans met het oog op het non bis in idem beginsel in bestuursrecht en strafrecht in de wet zijn neergelegd, en welke consequenties daar voor de inrichting van de handhaving uit kunnen worden getrokken. Daarbij zal blijken dat de wens om een bis in idem te voorkomen aanleiding kan geven tot concentratie van straffen en maatregelen in het strafrecht. Tegen die achtergrond wordt vervolgens verkend welke ruimte het strafrecht biedt bij het vormgeven en opleggen van straffen en maatregelen, en in welke mate andere rechtsgevolgen van een strafbaar feit in het strafproces meegenomen kunnen worden. Vervolgens wordt de blik gericht op het bestuursrecht. In welke gevallen kunnen, het non bis in idem beginsel indachtig, de argumenten voor regeling in het bestuursrecht prevaleren? En hoe kan de verhouding tot het strafrecht in die gevallen mede gelet op de wenselijkheid een gegeven vrijspraak niet te ondermijnen het best worden vormgegeven?

4.2 *Rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad*

In de inleiding zagen wij dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een bestuurder van een auto die onder invloed van alcohol heeft gereden en daarvoor een asp opgelegd heeft gekregen, niet meer strafrechtelijk kan worden vervolgd.²⁸¹ De beginselen van een goede procesorde kunnen meebrengen dat een inbreuk op het beginsel dat iemand niet twee maal kan worden vervolgd en bestraft voor het begaan van hetzelfde feit, de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de strafvervolgning tot gevolg heeft. Het opleggen van een asp wordt daarmee (impliciet) als een vervolging in de zin van dit beginsel aangemerkt.

In de overwegingen waarin de Hoge Raad dit oordeel onderbouwt, spelen twee uitspraken van het EHRM inzake het non bis in idem-beginsel een rol. De eerste is EHRM 13 december 2005, Nilsson v. Zweden, appl. no. 73661/01. Daarin ging het om een zaak waarin de betrokkene was aangehouden wegens rijden onder invloed en zonder rijbewijs. Nilsson werd eerst door de rechtbank veroordeeld tot een voorwaardelijke straf en een werkstraf van 50 uren. Daarna trok een bestuursorgaan zijn rijbewijs in voor achttien maanden, en refereerde daarbij aan de veroordeling. Het EHRM is van oordeel dat deze laatste procedure kan worden beschouwd als ‘criminal’. Retributie was een belangrijke doelstelling, de intrekking was een direct en voorzienbaar gevolg van de veroordeling, en los daarvan was ook de

²⁸⁰ Er zijn meer beginselen die bij de vormgeving van de verhouding tussen beide rechtsgebieden een rol spelen, te denken valt aan het nemo tenetur beginsel. De inschatting is evenwel dat de invloed van dit beginsel op de vormgeving van deze verhouding wat minder groot is, daarbij dwingt de voor dit onderzoek beschikbare tijd tot beperking (en is over dit beginsel al veel geschreven).

²⁸¹ HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, *NJ* 2015/256 m.nt. B.F. Keulen.

zwaarte van de maatregel voldoende om deze als een 'criminal sanction' aan te merken. Toch was geen sprake van 'new criminal proceedings'. Hoewel de verschillende sancties 'were imposed by two different authorities in different proceedings, there was nevertheless a sufficiently close connection between them, in substance and in time, to consider the withdrawal to be part of the sanctions under Swedish law for the offences of aggravated drunken driving and unlawful driving'.

De tweede uitspraak is EHRM 20 mei 2014, *Nykänen v. Finland*, appl. no. 11828/11. Daarin was sprake van een fiscale kwestie. De belastingdienst legde een naheffing op en een verhoging van 1.700 euro. De latere strafvervolging leidde ertoe dat betrokkene in hoger beroep (onder andere) tot tien maanden gevangenisstraf werd veroordeeld. Het EHRM stelde eerst vast dat de belastingverhoging 'criminal in nature' was. En van een 'sufficiently close connection' tussen beide procedures was in deze zaak geen sprake: 'under the Finnish system the criminal and the administrative sanctions are imposed by different authorities without the proceedings being in any way connected: both sets of proceedings follow their own separate course and become final independently from each other. Moreover, neither of the sanctions is taken into consideration by the other court or authority in determining the severity of the sanction, nor is there any other interaction between the relevant authorities. More importantly, the tax surcharges are under the Finnish system imposed following an examination of an applicant's conduct and his or her liability under the relevant tax legislation which is independent from the assessments made in the criminal proceedings'. Het EHRM geeft daarbij zelf aan dat de zaak op dit punt verschilt van *Nilsson*, 'where the decision on withdrawal of the licence was directly based on an expected or final conviction for a traffic offence and thus did not contain a separate examination of the offence or conduct at issue'.²⁸²

Deze beide uitspraken hebben betrekking op art. 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM. Dat protocol is door Nederland niet geratificeerd. Nederland is echter wel gebonden aan art. 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarin het non bis in idem-beginsel ook is neergelegd. Deze bepaling richt zich ingevolge art. 51 Handvest ook tot de lidstaten, doch 'uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen'. Via het Handvest is vervolgens ook art. 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM en de rechtspraak inzake die bepaling voor Nederland van belang. Want art. 50 Handvest heeft minimaal dezelfde inhoud en reikwijdte als het overeenkomstige recht van het EVRM (vgl. art. 52 lid 3 Handvest). Daarnaast neemt de Hoge Raad deze rechtspraak, zo bleek, ook in aanmerking bij de erkenning van op het non bis in idem beginsel gebaseerde beginselen van een goede procesorde die in Nederland een ruimere reikwijdte hebben.

Deze rechtspraak bevat een belangrijk richtsnoer voor de wijze waarop de rechtshandhaving dient te worden ingericht. Het non bis in idem beginsel vertaalt zich in eisen aan de wijze waarop de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht geregeld wordt. Wat de Hoge Raad beginselen van een goede procesorde noemt, zijn in de kern beginselen van een goede rechtshandhaving. Het is in beginsel toegestaan om zowel in een bestuursrechtelijke als in een strafrechtelijke procedure gevolgen aan een strafbaar feit te verbinden. Maar als de bestuursrechtelijke gevolgen een 'criminal sanction' opleveren en tevens een strafvervolging wordt ingesteld, kan strijd met het non bis in idem beginsel ontstaan.²⁸³

²⁸² Andere uitspraken waarin het EHRM deze benadering toepast zijn bijvoorbeeld EHRM 17 februari 2015, *Boman v. Finland*, appl. no. 41604/11 en EHRM 27 november 2014, *Lucky Dev. v. Sweden*, appl. no. 7356/10.

²⁸³ De vraag of een procedure criminal is in de zin van art. 4 van het Zevende Protocol moet, zo geeft het EHRM in *Nilsson* aan, worden beantwoord 'in the light of the general principles concerning the corresponding words 'criminal charge' and 'penalty' respectively in Articles 6 and 7 of the Convention'. Daarom kijkt het Hof naar factoren als 'the legal classification of the offence under national law; the nature of the offence; the purpose, nature and degree of severity of the measure; its national legal characterisation; whether the measure was

Die strijd kan in veel gevallen evenwel worden voorkomen door beide procedures in voldoende mate op elkaar af te stemmen.

Aan rechtspraak inzake de onschuldpresumptie kan een aanvullend richtsnoer worden ontleend voor de wijze waarop de rechtshandhaving dient te worden ingericht. Indien de berechting op een vrijspraak is uitgelopen, staat de onschuldpresumptie er aan in de weg dat de rechter in zijn vonnis of in met de strafzaak samenhangende procedures laat blijken toch van de schuld van de verdachte overtuigd te zijn. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de zaak Sekanina.²⁸⁴ In deze Oostenrijkse zaak was de verdachte (Sekanina) door de jury onherroepelijk vrijgesproken van moord op zijn vrouw. Sekanina diende daarop een verzoek om schadevergoeding in wegens de ondergane voorlopige hechtenis. De Oostenrijkse rechter wees dat verzoek af met een motivering die, in de woorden van annotator Knigge, 'als bewijsmotivering niet (zou) hebben misstaan'. De wijze waarop de rechter die afwijzing formuleerde leverde een schending van art. 6 EVRM op. Een ander voorbeeld betreft de zaak Geerings.²⁸⁵ Daarin was een ontnemingsmaatregel opgelegd die mede zag op voordeel dat voortvloeide uit een feit waarvan de verdachte was vrijgesproken. Ook in deze zaak werd art. 6 EVRM geschonden geacht.

De verplichting om de onschuldpresumptie te respecteren rust evenwel niet alleen op de strafrechter. Dat bleek bijvoorbeeld al in de zaak *Allenet de Ribemont*.²⁸⁶ Daarin achtte het EHRM art. 6 lid 2 EVRM geschonden omdat de Franse Minister van Binnenlandse zaken en twee hoge politiefunctionarissen op een persconferentie hadden verklaard dat de gearresteerde *Allenet de Ribemont* medeplichtig was aan de moordaanslag op een vooraanstaand politicus. Die beschuldigingen werden later ingetrokken. Het EHRM ziet als 'general aim of the presumption of innocence (...) to protect the accused against any judicial decision or other statements by State officials amounting to an assessment of the applicant's guilt without him having previously been proved guilty according to law'.²⁸⁷ Die bescherming geldt, zo blijkt uit de gekozen bewoordingen, zowel voor als na een gegeven vrijspraak.

Deze rechtspraak staat er niet aan in de weg dat de burgerlijke rechter na een vrijspraak een vordering tot schadevergoeding toewijst wegens de gedraging waar de vrijspraak betrekking op had.²⁸⁸ Maar de burgerlijke rechter moet zijn beslissing in dat geval wel zo formuleren dat de uitspraak niet 'can be said to have undermined the applicant's acquittal'. Ook van bestuursorganen en de bestuursrechter wordt gevraagd dat zij zich onthouden van (motiveringen van) oordelen die een gegeven vrijspraak ondermijnen, of die neerkomen op een schuldigverklaring die op het oordeel van de strafrechter vooruitloopt. Een gegeven vrijspraak wordt ondermijnd als de (motivering van de) beslissing er op

imposed following conviction for a criminal offence, and the procedures involved in the making and implementation of the measure'. De aftrek van punten in de context van een puntenrijbewijs, als automatische consequentie van een strafrechtelijke veroordeling, is bijvoorbeeld wel als een criminal charge aangemerkt (EHRM 23 september 1998, *Malige v. Frankrijk*, appl. no. 27812/95). De intrekking van een vergunning om alcoholhoudende drank te schenken daarentegen was geen criminal charge, nu het daarbij ging om een beoordeling van de geschiktheid (suitability) van de betrokkene (EHRM 7 juli 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag*, appl. no. 10873/84).

²⁸⁴ EHRM 25 augustus 1993, *NJ* 1994/1 m.nt. Kn.

²⁸⁵ EHRM 1 maart 2007, appl. no. 30810/03.

²⁸⁶ EHRM 10 december 1995, *NJ* 1997/523.

²⁸⁷ Vgl. bijvoorbeeld EHRM 21 maart 2001, *Asan Rushiti v. Oostenrijk*, appl. no. 28389/95.

²⁸⁸ Vgl. bijvoorbeeld EHRM 11 februari 2014, *Vella v. Malta*, appl. no. 69122/10.

neer komt dat de betrokkene het ten laste gelegde feit wel gepleegd heeft.²⁸⁹ Bestuursorganen en bestuursrechters moeten derhalve ook bij beslissingen die niet een criminal sanction behelzen rekening houden met een strafvervolgning die hetzelfde feit betreft. De risico's dat (motiveringen van) beslissingen in strijd komen met de onschuldpresumptie worden daarbij groter naarmate de grondslag voor deze beslissingen in sterkere mate met de grondslag voor de strafvervolgning overeenkomt.

4.3 *Non bis in idem en de inrichting van de rechtshandhaving*

In het strafrecht is het non bis in idem-beginsel in een aantal wetsbepalingen uitgewerkt. Belangrijk is vooral art. 68 Sr.²⁹⁰ Daarin is neergelegd dat niemand andermaal kan worden vervolgd wegens een feit waarover te zijnen aanzien bij gewijsde van de Nederlandse strafrechter onherroepelijk is beslist. En hetzelfde geldt voor een gewijsde van de strafrechter in Aruba, Curacao, Sint Maarten of de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba. Van een onherroepelijke beslissing is sprake in het geval van een vrijspraak, een ontslag van alle rechtsvervolgning, een veroordeling of een rechterlijk pardon. De verdachte kan evenmin andermaal worden vervolgd als het onherroepelijke gewijsde afkomstig is van een andere (straf)rechter. Dan geldt echter in het geval van veroordeling de bijkomende voorwaarde dat de opgelegde straf is gevolgd door tenuitvoerlegging, gratie of verjaring.

Ook bij andere beslissingen biedt het strafrecht een zekere bescherming tegen een tweede vervolging. Uit art. 255 Sv volgt dat de verdachte na zijn buitenvervolginstelling, na de hem betekende beschikking houdende verklaring dat de zaak geëindigd is of na de hem betekende kennisgeving van niet verdere vervolging niet opnieuw in rechten kan worden betrokken tenzij nieuwe bezwaren bekend zijn geworden. Bij een kennisgeving van niet verdere vervolging geldt daarbij ook nog de uitzondering dat het gerechtshof een bevel tot vervolging voor het betreffende feit kan geven. Indien ter zake van het feit aan de verdachte een bestuurlijke boete is opgelegd, heeft dit dezelfde rechtsgevolgen als een kennisgeving van niet verdere vervolging.²⁹¹ En die zijn ook verbonden aan de mededeling dat voor de overtreding geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd (art. 5:50 lid 2 onder a Awb); een mededeling die meer met een kennisgeving van niet verdere vervolging overeenkomt dan de boete zelf (art. 243 lid 2 Sv).

De wet biedt ten slotte ook rechtsbescherming in het geval van een strafbeschikking. Indien tegen de verdachte een strafbeschikking is uitgevaardigd die volledig ten uitvoer is gelegd, kan hij behoudens een bevel tot vervolging van het gerechtshof ter zake van hetzelfde feit niet opnieuw in rechten worden betrokken (art. 255a lid 1 Sv). Die regel geldt dus ook als naderhand nieuwe bezwaren opkomen. En zij is ook van toepassing in het geval van een bestuurlijke strafbeschikking.

De Algemene wet bestuursrecht bevat non bis in idem regels in verband met de bestuurlijke boete. Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien aan de overtreder wegens dezelfde overtreding

²⁸⁹ Relevant in deze context is vooral rechtspraak betreffende zaken waarin na een vrijspraak disciplinaire straffen zijn opgelegd. Vgl. bijvoorbeeld EHRM 14 januari 2010, Vanjak v. Kroatië, appl. no. 29889/04. Daarin werd onder meer van belang geacht dat de 'constituent elements' verschilden.

²⁹⁰ Zie daarover nader De Hullu 2015, p. 536 e.v.. Zie over de geschiedenis van het beginsel nader Van Hattum 2012.

²⁹¹ Zie in dit verband echter ook het eerder genoemde HR 6 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2978.

reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd, dan wel kennis is gegeven dat voor de overtreding geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd (art. 5:43 Awb). En het bestuursorgaan legt ook geen bestuurlijke boete op indien tegen de overtreder wegens dezelfde gedraging een strafvervolgning is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen dan wel een strafbeschikking is uitgevaardigd (art. 5:44 Awb). Aan een kennisgeving van niet verdere vervolging verbindt het bestuursrecht geen rechtsgevolgen. Een bestuurlijke boete vervalt ten slotte als het gerechtshof een bevel tot vervolging geeft (art. 5:47 Awb).

De Algemene wet bestuursrecht geeft niet een non bis in idem regel voor andere bestraffende sancties. Art. 5:54 Awb bepaalt wel dat de titel inzake de bestuurlijke boete van overeenkomstige toepassing is op andere bestraffende sancties, maar die toepasselijkverklaring geldt slechts voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. En ook als dat anders zou zijn, zou er nog altijd de vraag zijn wanneer sprake is van een bestraffende sanctie. Die vraag wordt dikwijls verschillend beantwoord. De ervaringen met het asp zijn illustratief.²⁹² Maar te denken valt ook aan de openbaarmaking van sancties en maatregelen. De Wet op het financieel toezicht (verder Wft) bijvoorbeeld kent een openbaarmakingsregeling (artikelen 1:97 en 1:98 Wft). Mein laat zien dat in de wetsgeschiedenis en in de motivering van openbaarmaking in boetebesluiten door het AFM benadrukt wordt dat de openbaarmaking geen punitief karakter zou hebben.²⁹³ Maar dat betekent nog niet dat in de praktijk bij de AFM aan het punitieve aspect geen waarde wordt gehecht.²⁹⁴

Wat zich bij het asp gewroken heeft, is dat regeling van een punitieve sanctie in het bestuursrecht niet als het ware automatisch de bijbehorende rechtsgevolgen in het leven roept. Dat is in het strafrecht anders. De enkele omstandigheid dat een sanctie als straf of maatregel geregeld wordt, brengt mee dat zij slechts in een rechterlijk vonnis of arrest dan wel in een strafbeschikking kan worden opgelegd. En daarmee is verzekerd dat een wettelijke non bis in idem regel geldt.

Tegen deze achtergrond heeft het in beginsel de voorkeur om sancties waaraan een punitief karakter kan worden toegekend in het strafrecht te regelen.²⁹⁵ Dan geldt een heldere non bis in idem regel, en is gewaarborgd dat afwegingen inzake op te leggen straffen en maatregelen in samenhang worden gemaakt. Die voorkeur voor regeling in het strafrecht zou een vertaling kunnen krijgen in de Aanwijzingen voor de regelgeving.²⁹⁶ Daarmee zou worden bereikt dat een departement dat sancties waaraan een punitief karakter kan worden toegekend in het bestuursrecht wil regelen, uitleg verschaft over deze keuze. Die uitleg zou duidelijk moeten maken waarom niet tot regeling in het strafrecht is overgegaan en over de mogelijkheid dat de voorgestelde regeling in het bestuursrecht tot problemen in verband met het non bis in idem beginsel leidt. Voorts komt het wenselijk voor dat Nederland het

²⁹² Zie de conclusie van A-G Hartevelt bij HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, *NJ* 2015/256 m.nt. B.F. Keulen en de rechtspraak van de Raad van State die hij daarin bespreekt.

²⁹³ Mein 2015, p. 219-231, met literatuurverwijzingen. Hij bespreekt ook de praktijk inzake openbaarmaking bij DNB, die heel anders is (p. 278-280).

²⁹⁴ Vgl. een citaat uit een vraaggesprek met een medewerker (Mein 2015, p. 220): 'De publicatie is nog meer gevreesd dan de boete zelf. Men heeft liever de boete, dan de publicatie. Die levert immers reputatieschade op. Publicatie maakt de boete echt een scherp instrument.'

²⁹⁵ Vgl. in die zin reeds Belinfante 1957, p. 39, 43-44.

²⁹⁶ Die zou kunnen aansluiten bij aanwijzing 139, waarin wordt aangegeven welke mogelijkheden met name als bestuursrechtelijke sancties worden overwogen.

Zevende Protocol bij het EVRM alsnog ratificeert.²⁹⁷ Dat maakt helder dat door regeling in het bestuursrecht van een sanctie niet aan de toepasselijkheid van het non bis in idem ontkomen kan worden. Duidelijk wordt dat de norm voor een behoorlijke rechtshandhaving die uit de rechtspraak van het EHRM inzake het non bis in idem kan worden afgeleid, ook voor Nederland geldt. En het ontslaat de Hoge Raad van de lastige taak, af te wegen waar een schending van dit mensenrecht zo onbehoorlijk wordt dat er ook zonder basis in wet of verdrag ingegrepen moet worden.

Bestuursorganen verbinden soms op een weinig specifieke wettelijke basis rechtsgevolgen aan een strafbaar feit die een punitieve lading kunnen hebben. Zo wordt openbaarmaking van bestuurlijke sancties en maatregelen wel gebaseerd op de Wet openbaarheid van bestuur (verder Wob).²⁹⁸ Gelet op het punitieve karakter dat deze openbaarmaking in de praktijk (mede) kan hebben, komt dat minder wenselijk voor. Uit (grond)wettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen kan worden afgeleid dat straffen een expliciete wettelijke basis dienen te hebben.²⁹⁹ Tegen die achtergrond verdient het de voorkeur dat een bevoegdheid tot het opleggen van een voorziening met de strekking van straf of maatregel op een expliciete wettelijke grondslag berust. In art. 5 Wed is eerder een bepaling geformuleerd die ertoe strekte dat te bereiken.³⁰⁰ Overweging verdient, een bepaling met een dergelijke strekking ook in titel 5.1 van de Algemene wet bestuursrecht op te nemen. Uit die titel volgt al dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie slechts bestaat voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend (art. 5:4 Awb). Onder een bestuurlijke sanctie wordt echter alleen verstaan een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak (art. 5:2 Awb). De Awb zou kunnen bepalen dat onder bestuurlijke sanctie mede wordt begrepen: elk aan een overtreding verbonden rechtsgevolg dat (al dan niet mede) de strekking van een straf of maatregel heeft. En de toelichting op een wetswijziging van die strekking zou kunnen verduidelijken dat openbaarmaking van een straf of maatregel daaronder begrepen is.³⁰¹ Daarmee zou kunnen worden bereikt dat de inspanningen van de wetgever minder gericht worden op beargumenteren waarom een rechtsgevolg niet punitief is, en meer op waarom verzekerd is dat in het geval het rechtsgevolg wel met een punitief oogmerk aan een feit wordt verbonden, dat proportioneel is.³⁰²

Met dit samenstel van maatregelen (een wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving, ratificatie van het Zevende Protocol bij het EVRM en een wijziging van de Awb) zou kunnen worden bevorderd dat in het bestuursrecht minder eenvoudig zonder goede grond sancties worden ingevoerd die op de keper beschouwd toch een criminal sanction kunnen opleveren.

²⁹⁷ Zie daarover Pesselse 2013. Pesselse laat zien dat de bezwaren tegen het protocol met het recht op een rechtsmiddel samenhangen (dat in art. 2 geregeld is), dat die bezwaren enkele jaren geleden niet meer actueel werden geacht, maar dat ratificatie desalniettemin uitblijft. Nederland is wel gebonden aan art. 14 lid 7 IVBPR, maar Nederland heeft daarbij het voorbehoud gemaakt dat het de daaruit voortvloeiende verplichtingen alleen accepteert 'insofar as no obligations arise from it further to those set out in article 68 of the Criminal Code of the Netherlands'.

²⁹⁸ Vgl. bijvoorbeeld ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3468: 'Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat artikel 8 en artikel 10 van de Wob in het algemeen de basis bieden om sanctiebesluiten volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen, te publiceren'. Zie recentelijk over actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten Daalder en Bontje 2015.

²⁹⁹ Vgl. art. 1 Sr, art. 16 Grondwet en art. 7 EVRM. Vgl. ook Michiels 2007.

³⁰⁰ Zie over de verhouding tussen de Wob en art. 5 WED eerder Doorenbos 2007, p. 62.

³⁰¹ Daarmee zou ook worden tegemoetgekomen aan de kritiek van Bröring en Naves 2010, p. 456, dat de Awb 'waar het gaat om andere bestraffende sancties dan de bestuurlijke boete de meest fundamentele waarborg van het legaliteitsbeginsel verzaakt'.

³⁰² Ter vergelijking: in het strafrecht vormt waarschuwing van het publiek een belangrijke grondslag voor het openbaar maken van de rechterlijke uitspraak (vgl. Bleichrodt en Vegter 2013, p. 333). Dat heeft niet belet dat deze openbaarmaking als bijkomende straf is geregeld.

4.4 De ruimte voor regeling van sancties in het strafrecht

De ruimte om sancties waaraan een punitief karakter kan worden toegekend in het strafrecht te regelen is groot. Het strafrecht kent een veelkleurig palet aan straffen en maatregelen. Het Wetboek van Strafrecht kent in het volwassenenstrafrecht naast de hoofdstraffen (gevangenisstraf, hechtenis, taakstraf, geldboete) een aantal bijkomende straffen (ontzetting van bepaalde rechten, verbeurdverklaring en openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak; zie art. 9 Sr). Daarnaast bestaan er bijkomende straffen in bijzondere wetten. De Wegenverkeerswet 1994 (verder WVV 1994) kent de ontzegging van de rijbevoegdheid; die kan bij een reeks van strafbare feiten worden opgelegd, met een maximale duur die varieert van twee tot tien jaren (artt. 179, 179a WVV 1994). De Wed kent als bijzondere bijkomende straffen de gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming en de gehele of gedeeltelijke ontzetting van bepaalde rechten of gehele of gedeeltelijke ontzegging van bepaalde voordelen (art. 7 Wed).

Al deze straffen kunnen voorts geheel of gedeeltelijk voorwaardelijk worden opgelegd (art. 14a Sr). De rechter bepaalt in dat geval een proeftijd van in de regel ten hoogste drie jaren (art. 14b Sr); in een uitzonderingsgeval is een proeftijd van tien jaar mogelijk. Daarbij geldt de algemene voorwaarde dat de veroordeelde zich voor het einde van de proeftijd niet schuldig maakt aan een strafbaar feit. Daarnaast kunnen een groot aantal bijzondere voorwaarden worden gesteld. Tot die voorwaarden behoren onder meer het contactverbod en locatieverbod, het vergoeden van schade, opname in een zorginstelling, en ten slotte 'andere voorwaarden, het gedrag van de veroordeelde betreffende' (art. 14c Sr).

Het Wetboek van Strafrecht kent ook maatregelen. Daartoe behoren de onttrekking aan het verkeer, de eerder genoemde ontnemingsmaatregel en de schadevergoedingsmaatregel, maar ook de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis en de terbeschikkingstelling. Van recentere datum zijn de eerder genoemde plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders alsmede de oplegging van een vrijheidsbeperkende maatregel (art. 38v Sr). De Wed regelt daarnaast nog de onderbewindstelling van de onderneming van de veroordeelde en het opleggen van de verplichting tot verrichting van hetgeen wederrechtelijk is nagelaten, tenietdoening van hetgeen wederrechtelijk is verricht en verrichting van prestaties tot het goedmaken van een en ander, alles op kosten van de veroordeelde, voor zover de rechter niet anders bepaalt (art. 8 Wed).

Het beeld wordt evenwel pas compleet als daarin wordt betrokken dat in het strafrecht ook op vorderingen kan worden beslist die niet strafrechtelijk van aard zijn. De vordering van de benadeelde partij die wij reeds eerder tegen kwamen kan in het strafproces worden meegenomen tenzij de behandeling van de vordering naar het oordeel van de rechter een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert. En in het geval de Wet forensische zorg door de Eerste Kamer wordt aanvaard en in werking treedt, krijgt het strafproces feitelijk ook een functie ten dienste van de geestelijke gezondheidszorg. De huidige maatregel van de plaatsing in een psychiatrische inrichting wordt dan vervangen door een constructie waarin de strafrechter een machtiging afgeeft krachtens de Wet bijzondere opnemingen psychiatrische ziekenhuizen of de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg, bij eerdere of latere inwerkingtreding van die wet.³⁰³

³⁰³ Vgl. *Kamerstukken II 2014/15*, 32 398, D, artikelen 7.1 en 7.5.

Een begrenzing van de soorten sancties die via het strafprocesrecht kunnen worden verwezenlijkt is al met al niet gemakkelijk aan te wijzen. Wel liggen er soms begrenzingen in de (strafvorderlijke) mogelijkheden om deze straffen en maatregelen daadwerkelijk op te leggen. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van het asp.

Het asp zou in het strafrecht in beginsel vorm kunnen krijgen als maatregel, als bijkomende straf of als bijzondere voorwaarde. De laatstgenoemde optie is vermoedelijk wetstechnisch het meest eenvoudig; het volgen van het asp kan een voorwaarde zijn die aan tenuitvoerlegging van een rijontzegging in de weg staat (art. 14a lid 3 Sr). Art. 14c Sr geeft, zo zagen wij, een opsomming van bijzondere voorwaarden. Daaronder valt onder meer het deelnemen aan een gedragsinterventie. Deelname aan een asp zou gezien kunnen worden als een bijzondere vorm van gedragsinterventie en in aansluiting op deze bijzondere voorwaarde geregeld kunnen worden. Vervolgens zou moeten worden vastgelegd bij welke straffen het volgen van het asp een voorwaarde moet kunnen zijn die aan tenuitvoerlegging in de weg staat. De ontzegging van de rijbevoegdheid ligt vanzelfsprekend het meest in de rede; overwogen zou kunnen worden te bepalen dat het asp uitsluitend gekoppeld aan een ontzegging van de rijbevoegdheid kan worden opgelegd. De ontzegging van de rijbevoegdheid kan de verdachte op grond van art. 179 lid 1 WvW 1994 voor ten hoogste vijf jaren worden ontzegd; bij recidive is op grond van het vierde lid een rijontzegging van tien jaren mogelijk.

Wijziging van het strafrecht langs deze lijnen zou de mogelijkheid bieden maximaal vijf jaar voorwaardelijke ontzegging van de rijbevoegdheid op te leggen, met het volgen van het asp als bijzondere voorwaarde.³⁰⁴ Een rijontzegging van een dergelijke lengte kan thans echter slechts worden opgelegd door de strafrechter, na een onderzoek ter terechtzitting. In een strafbeschikking kan een ontzegging van de rijbevoegdheid worden opgelegd, maar deze bedraagt ten hoogste zes maanden (art. 257a Sv). Daar komt bij dat in een strafbeschikking geen voorwaardelijke straffen kunnen worden opgelegd.³⁰⁵ Dat zijn twee beperkingen die het inpassen van het asp in de huidige vormen van afdoening buiten geding, waarin de strafrechter geen plaats heeft, wezenlijk bemoeilijken. Tegelijk zou een overheveling van het asp naar het strafrecht die ertoe zou leiden dat het asp slechts na een onderzoek ter terechtzitting door de rechter kan worden opgelegd, tot een stijging van de werklast van strafrechters en leden van het openbaar ministerie leiden. Aan dat bezwaar zou in beginsel tegemoet gekomen kunnen worden door mogelijk te maken dat een asp door de strafrechter wordt opgelegd, maar buiten de terechtzitting om, via een rechterlijke strafbeschikking.³⁰⁶ Daarmee zou echter uit oogpunt van capaciteitsbesparing weinig gewonnen zijn als vervolgens tegen elke rechterlijke strafbeschikking verzet zou worden aangewend. Inpassing in het strafrecht is derhalve mogelijk; voorzien kan worden in een regeling die bij het asp een op het individu toegesneden afweging mogelijk maakt.³⁰⁷ De keerzijde van een op het individu toegesneden afweging is evenwel dat aan de oplegging een prijs hangt die hoger is dan bij de bestuurlijke handhaving die door de Raad van State in strijd met het evenredigheidsbeginsel is geoordeeld.

Tot op zekere hoogte vergelijkbare vragen zouden zich voordoen als de wens zou bestaan het *naming and shaming* dat in het bestuursrecht een zekere vlucht heeft genomen, ook in het strafrecht een belangrijkere plaats te geven. Openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak is een bijkomende straf

³⁰⁴ De verdachte kan alleen aan die voorwaarde voldoen door kosten te maken, maar dat behoeft geen beletsel te zijn om een dergelijke voorwaarde vorm te geven. Vergoeding of herstel van schade kan ook als bijzondere voorwaarde worden opgelegd.

³⁰⁵ Zie daarover Kessler 2015, p. 28-30.

³⁰⁶ Keulen 2014.

³⁰⁷ Vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 29 398, nr. 425.

die de wet kent, en bij algemene maatregel van bestuur kunnen strafbeschikkingen worden aangewezen die op daarbij te bepalen wijze openbaar worden gemaakt (art. 257h Sv). Openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak wordt echter maar zelden als straf opgelegd, en van de mogelijkheid om strafbeschikkingen openbaar te maken is tot op heden geen gebruik gemaakt. Te bepleiten valt dat het strafrecht hier te terughoudend is. Generale preventie is een belangrijke doelstelling van punitieve handhaving, en het bekend maken van beschikkingen waarin boetes en andere sancties zijn opgelegd kan aan die doelstelling bijdragen.³⁰⁸ Dat klemmt temeer bij een ontwikkeling waarin steeds meer zaken zonder strafproces en daarmee buiten de openbaarheid worden afgedaan. Tegen die achtergrond zou in het strafrecht, zeker bij ordeningswetgeving, een praktijk wenselijk kunnen zijn waarin aan strafbeschikkingen die in kracht van gewijsde zijn gegaan, bijvoorbeeld bij rechtspersonen, in ruimere mate bekendheid wordt gegeven. Om te voorkomen dat tegen deze strafbeschikkingen verzet wordt aangetekend teneinde aan die bekendmaking te ontkomen, zou daar een straftoemittingsbeleid inzake openbaarmaking van rechterlijke uitspraken aan kunnen worden gekoppeld. Ook hier gaat het er niet om dat openbaarmaking in het strafrecht niet tot de mogelijkheden behoort, maar dat een kader ontbreekt dat er toe leidt dat openbaarmaking daadwerkelijk met enige regelmaat plaatsvindt.³⁰⁹

Een begrenzing van vergelijkbare aard kan liggen in strafvorderlijke mogelijkheden om straffen en maatregelen ten uitvoer te leggen. Vooral bij economische sancties als de stillegging van de onderneming en de onderbewindstelling van de onderneming brengt de tenuitvoerlegging eigen complicaties mee. Uit onderzoek van Schoep en Schuyt kan worden afgeleid dat het 'moeilijk toepasbaar' zijn van de stillegging een belangrijke reden vormt voor het beperkte aantal gevallen waarin deze bijkomende straf wordt opgelegd.³¹⁰ Bestuursorganen beschikken op dit terrein over waardevolle expertise, verkregen door de tenuitvoerlegging van de last onder bestuursdwang. Ook bij de tenuitvoerlegging van de maatregel van onderbewindstelling zouden bestuursorganen een bijdrage kunnen leveren. Indien het wenselijk voorkomt bestuursorganen in bijzondere gevallen een rol te geven bij de tenuitvoerlegging, ligt het ondertussen nog meer in de rede dat bestuursorganen ook ter terechtzitting een procespositie krijgen. Zij kunnen dan ter terechtzitting over de oplegging van deze straffen en maatregelen meepraten.³¹¹

De (strafprocessuele) grenzen aan de mogelijkheden tot het opleggen en ten uitvoer leggen van sancties laten zich kortom in veel gevallen wel bijstellen. Dat is lastiger bij een derde grens aan de mogelijkheden om sancties en rechtsgevolgen in een strafrechtelijk kader op te leggen: de spankracht van het strafproces.

³⁰⁸ Die werking is afhankelijk van verschillende factoren; inzicht daarin biedt Van Erp 2009, p. 121-143.

³⁰⁹ Mogelijk kan een dergelijk kader beter worden vormgegeven door openbaarmaking van strafbeschikkingen samen met de openbaarmaking van rechterlijke uitspraken tot een nieuwe bijkomende straf te maken en de oplegging van die bijkomende straf - in lijn met het gestelde in paragraaf 3- nader te normeren. Daarmee zou tevens in toereikende rechtsbescherming tegen openbaarmaking van strafbeschikkingen zijn voorzien; art. 257h Sv biedt die rechtsbescherming thans niet. Het zou ook sporen met een wijziging van de Awb die openbaarmaking van sanctiebesluiten als een sanctie met de strekking van straf of maatregel aanduidt.

³¹⁰ Schoep en Schuyt 2009, p. 64.

³¹¹ Zie over dit voorstel nader Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma, Buwalda 2015, hoofdstuk 3, par. 7.2 en slotbeschouwing par. 8. In het geval bestuursorganen het recht zouden krijgen om als bestuurlijke partij de oplegging van bestuurlijke herstelsancties te vorderen (zoals de last onder dwangsom of de last onder bestuursdwang) zou het voor de hand liggen dat zij de tenuitvoerlegging van deze sancties voor hun rekening nemen op de wijze in de Awb voorzien. De benadeelde partij doet het vonnis of arrest, voor zover dit haar vordering aangaat, ten uitvoer leggen op de wijze bepaald voor vonnissen in burgerlijke zaken. Zie art. 554 Sv en *Kamerstukken II* 2014/15, 34 086, concept-art. 366b Sv.

Die spankracht speelt vooral een rol bij het afgrenzen van rechtsgevolgen die naast punitieve sancties meegenomen kunnen worden in het strafproces. Dat is thans al het geval bij de benadeelde partij. De vordering van de benadeelde partij kan niet ontvankelijk worden verklaard indien behandeling van de vordering naar het oordeel van de rechter een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert (art. 361 Sv). Ook bij andere niet punitieve rechtsgevolgen van een strafbaar feit die in beginsel in het strafproces meegenomen kunnen worden, kan de behandeling een onevenredige belasting van het strafgeding opleveren. Indien het mogelijk zou worden gemaakt in het strafproces (op verzoek van het bestuursorgaan) een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang op te leggen, ligt het in de rede dat daar een vergelijkbare beperking gaat gelden.

4.5 *Regeling in het bestuursrecht*

Het strafrecht biedt, zo blijkt, betrekkelijk ruime mogelijkheden tot het regelen en opleggen van sancties en andere aan strafbare feiten gekoppelde rechtsgevolgen. Maar er kunnen ook goede redenen zijn om dergelijke sancties en rechtsgevolgen in het bestuursrecht te regelen. Die redenen kunnen er bijvoorbeeld in bestaan dat een strafrechtelijke schuldigverklaring weliswaar een rol speelt of kan spelen bij de oplegging van de bestuursrechtelijke sanctie of het daaraan in het bestuursrecht verbinden van een rechtsgevolg, maar dat daaraan eigensoortige afwegingen ten grondslag liggen die niet strafrechtelijk van aard zijn.

Daarvan is bijvoorbeeld sprake bij de integriteitsbeoordelingen die het openbaar bestuur op grond van de Wet Bibob verricht. Die beoordelingen bouwen in sterke mate voort op de uitkomsten van strafrechtelijke handhaving. Kern van de wet is art. 3. Het eerste lid geeft bestuursorganen die bij of krachtens de wet daartoe de bevoegdheid hebben gekregen, het recht om te weigeren een aangevraagde beschikking te geven dan wel een gegeven beschikking in te trekken. Dat recht hebben zij in de eerste plaats indien ernstig gevaar bestaat dat de beschikking mede zal worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen op geld waardeerbare voordelen te benutten. En dat recht hebben zij ook als ernstig gevaar bestaat dat de beschikking mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen. Het zesde lid van art. 3 bepaalt dat bestuursorganen eenzelfde bevoegdheid tot weigering of intrekking van een beschikking als bedoeld in het eerste lid hebben indien feiten en omstandigheden erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden dat ter verkrijging van de aangevraagde dan wel gegeven beschikking een strafbaar feit is gepleegd. De weigering dan wel intrekking vindt in dat geval slechts plaats indien deze tenminste evenredig is met, ingeval van vermoedens, de ernst daarvan en met de ernst van het strafbare feit. Het in het eerste lid omschreven gevaar en de in het zesde lid omschreven feiten en omstandigheden kunnen worden afgeleid uit strafrechtelijke veroordelingen van de betrokkene dan wel derden tot wie hij in een nader omschreven relatie staat. Maar uit de artikelen 12 en 13 van de Wet Bibob volgt dat het Bureau bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur zijn oordeel op meer gegevens kan baseren.

Tijdens de parlementaire behandeling van de wet Bibob is de verhouding tot het strafrecht in discussie geweest.³¹² En enkele jaren na de inwerkingtreding is door Van den Berg en Heinen betoogd dat bij intrekking of weigering van een beschikking op grond van de Wet Bibob sprake zou kunnen zijn

³¹² Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 26 883, nr. 5, p.29; nr. 8, p.15.

van een criminal charge.³¹³ Inmiddels is duidelijk dat het EHRM daar in de zaak Bingöl anders tegen aan keek.³¹⁴ Naar het zich laat aanzien kan de verhouding tussen het strafrecht en de toepassing van de Wet Bibob bij het weigeren van een vergunning niet snel aanleiding geven tot een probleem met het non bis in idem beginsel. De advisering door het Bureau en de besluitvorming door het bestuursorgaan die daar op volgt strekken er niet toe een zelfstandig bestuursrechtelijk oordeel te vellen over schuld of onschuld van de betrokkene. Centraal staat of een aangevraagde beschikking wordt geweigerd dan wel een verleende beschikking wordt ingetrokken. Daarmee is gegeven dat de aanleiding tot de procedure in de kern ook een andere is dan in het strafproces. Die is gelegen in de beschikking die verzocht of verstrekt is, niet in de gedraging. De doelstellingen van de procedure die in de wet Bibob is vormgegeven zijn ook niet bestraffend van aard (vgl. art. 3).³¹⁵

Desalniettemin kan bij de wet Bibob niet elk risico in relatie tot het non bis in idem beginsel worden uitgesloten. Zo kunnen mogelijk risico's bestaan in gevallen waarin een beschikking naar aanleiding van een verdenking van een strafbaar feit wordt ingetrokken en zulks ingrijpende consequenties voor het leven van de betrokkene heeft, zoals het verlies van een baan.³¹⁶ Denkbaar is dat de ingrijpendheid van consequenties die rechtstreeks aan een zelfstandige beoordeling van de gegrondheid van een verdenking verbonden worden, meebrengt dat van een criminal charge sprake is.³¹⁷ Ook in verband met de onschuldpresumptie bestaan risico's, in het bijzonder in situaties waarin de strafvervolgning nog loopt. De Afdeling Rechtspraak van de Raad van State heeft duidelijk gemaakt dat bestuurlijke autoriteiten zich moeten onthouden van een oordeel omtrent de schuld van iemand die is aangeklaagd en zich moeten beperken tot het enkele uitspreken van een vermoeden dat iemand schuldig is aan het strafbare feit waarvoor hij is aangeklaagd.³¹⁸ Ook in verband met het non bis in idem beginsel komt het verstandig voor bij de advisering voort te bouwen op (de verwachting van) een strafrechtelijke veroordeling zolang de procedure nog loopt, zodat geen sprake is van afzonderlijke procedures die niet verbonden zijn.³¹⁹ En na een onherroepelijke vrijspraak mogen bestuurlijke autoriteiten geen twijfel uiten over de onschuld van betrokkene.³²⁰

³¹³ Van den Berg en Heinen 2007.

³¹⁴ EHRM 20 maart 2012, Bingöl tegen Nederland, appl. no. 18450/07. In deze zaak stond centraal dat klager na advisering op grond van de Wet Bibob een exploitatievergunning voor een partycentrum was geweigerd op grond van criminele antecedenten. Uit de motivering kan worden afgeleid dat art. 6 volgens het EHRM niet van toepassing is op deze procedure.

³¹⁵ Vgl. in deze zin bijvoorbeeld ook ABRvS 22 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2786.

³¹⁶ Zie in die zin Van den Berg en Heinen 2007. Vgl. ook Van der Vorm 2013, over art. 3 lid 6 Wet Bibob.

³¹⁷ De jurisprudentie is op dit punt niet heel helder. Uit Hof van Justitie 5 juni 2012, Bonda, C-489/10, kan worden afgeleid dat dit Hof van oordeel is dat de uitsluiting van landbouwsteun geen strafrechtelijke sanctie is. De aftrek van punten in de context van een puntenrijbewijs is echter wel als een criminal charge aangemerkt (EHRM 23 september 1998, Malige v. Frankrijk, appl. no. 27812/95); de intrekking van een vergunning om alcoholhoudende drank te schenken daarentegen niet nu het daarbij ging om een beoordeling van de geschiktheid (suitability) van de betrokkene (EHRM 7 juli 1989, Tre Traktörer Aktiebolag, appl. no. 10873/84). Vgl. ook de rechtspraak van de Raad van State inzake het asp voorafgaand aan de uitspraken van begin maart, en de conclusie van A-G Hartevelt bij HR 4 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, NJ 2015/256.

³¹⁸ ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:331, AB 2015/146 m.nt. Van der Vorm. Daarbij wordt verwezen naar EHRM 27 september 2011, Hrdalo tegen Kroatië, appl. no. 23272/07. Daarin was sprake van ontslag in verband met een lopende strafzaak. De klacht over schending van art. 6 lid 2 EVRM werd afgewezen; ter onderbouwing van het ontslag mocht er op worden gewezen dat het instellen van een strafrechtelijke procedure en het bestaan van een niet definitieve veroordeling negatief konden worden beoordeeld door het publiek en het aanzien van de dienst kon schaden. Zie ook ABRvS 1 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1057.

³¹⁹ Na een veroordeling kan vanzelfsprekend op de veroordeling worden voortgebouwd. Vgl. (in verband met het niet afgeven van een VOG) ABRvS 31 oktober 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB6813.

³²⁰ Zie ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7372, AB 2013/70 m.nt. A.E.M. van den Berg.

In andere gevallen impliceert de bestuursrechtelijke procedure feitelijk wel dat een zelfstandig oordeel over de gedraging van de betrokkene wordt geveld. Te denken valt aan het opleggen van een educatieve maatregel ter bevordering van de rijvaardigheid of geschiktheid (EMA). De EMA is (net als het asp) gebaseerd op een schriftelijke mededeling die op grond van art. 130 lid 1 WVV 1994 dient te worden gedaan in geval een vermoeden bestaat dat de houder van een rijbewijs niet langer beschikt over de rijvaardigheid dan wel over de lichamelijke of geestelijke geschiktheid vereist voor het besturen van één of meer categorieën van motorrijtuigen waarvoor dat rijbewijs is afgegeven. De feiten en omstandigheden die aan dit vermoeden ten grondslag liggen, zijn bij ministeriële regeling aangewezen; een bijlage bij de Regeling maatregelen rijvaardigheid en rijgeschiktheid somt de gedragingen op. Daaronder vallen onder meer het geval waarin bij betrokkene een adem- of bloedalcoholgehalte is geconstateerd dat gelijk is aan of hoger is dan 350 µg/l, respectievelijk 0,8‰ en het geval waarin betrokkene weigert mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in art. 8 lid 2 of 3 WVV 1994. Ingevolge art. 131 WVV 1994 zoals het thans luidt, besluit het CBR indien een schriftelijke mededeling als bedoeld in art. 130 lid 1 is gedaan tot oplegging van een EMA, tot oplegging van een asp of tot een onderzoek naar de rijvaardigheid of geschiktheid.

De Raad van State heeft eerder een uitspraak gewezen waaruit kan worden afgeleid dat het van het strafrecht losgekoppeld zijn van de procedure leidend tot oplegging van de EMA niet kan leiden tot een schending van het non bis in idem beginsel.³²¹ Het eerste argument dat de Raad van State gebruikte is dat het vermoeden van art. 130 lid 1 WVV 1994 los dient te worden gezien van de in art. 8 WVV 1994 gegeven delictsomschrijvingen. Ook zonder strafvervolgning kan de EMA worden opgelegd, bij het bestaan van dit vermoeden. Het tweede argument is dat de oplegging van de EMA naar het oordeel van de Raad geen criminal charge behelst en niet punitief van aard is. Harteveld wijst er in zijn conclusie bij het asp-arrest van de Hoge Raad op dat de Raad van State het eerste argument heeft losgelaten in uitspraken die op het asp zagen.³²² Daarmee is het accent komen te liggen op het (niet-punitieve) karakter van de EMA. Dat argument vindt steun in rechtspraak van het EHRM.³²³

De EMA kan tegen die achtergrond ook na de gang van zaken rond het alcoholslot een bestuursrechtelijke sanctie blijven.³²⁴ Dat betekent echter niet dat er, als daarvoor gekozen wordt, geen aanleiding kan zijn om het opleggen en ten uitvoer leggen van de EMA beter af te stemmen op beslissingen van de strafrechter. Ook bij sancties die niet zwaar genoeg zijn om als een criminal sanction te worden aangemerkt, kan betekenis worden gehecht aan de beginselen van een behoorlijke rechtshandhaving die uit rechtspraak inzake het non bis in idem beginsel kunnen worden afgeleid. In die rechtspraak, in het bijzonder de zaak Nilsson, werd het als positief gezien dat de intrekking van het rijbewijs werd gebaseerd op 'an expected or final conviction for a traffic offence and thus did not contain a separate examination of the offence or conduct at issue'. Daar komt bij dat de eerder

³²¹ ABRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN2662.

³²² ECLI:NL:PHR:2015:8. Zie in dit verband ook HR 3 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3205. De Hoge Raad is van mening dat de intrekking van het rijbewijs niet wordt opgelegd op grond van het plegen van een strafbaar feit, ook al kan de verdenking van zo een feit wel de aanleiding vormen voor een onderzoek of de betrokkene nog beschikt over de vereiste rijvaardigheid en lichamelijke en geestelijke geschiktheid.

³²³ EHRM 7 november 2000, Blokker v. Nederland, appl. no. 45289/99: geen criminal charge in de zin van art. 6 EVRM, ontvankelijkheidsbeslissing.

³²⁴ De voorganger van de EMA, de Alcoholverkeerscursus, was in het strafrecht geregeld; zie Van Tuijn 1996. Regeling in het bestuursrecht kan wenselijk zijn in verband met door het CBR te maken afwegingen. In het algemeen gesproken zijn de rechtspraak inzake de onschuldpresumptie en de achterliggende gedachtegang evenwel een sterk argument voor concentratie van beslissingen. Daarmee wordt ook voorkomen dat de strafrechter later tot een van de bestuursrechter afwijkend oordeel over dezelfde feiten komt (vgl. HR 11 mei 2004, NJ 2004/606 m.nt. YB).

besproken rechtspraak inzake de onschuldpresumptie eveneens pleit voor een sterkere koppeling met het strafrecht. Dat de EMA geen punitief karakter heeft, doet er niet aan af dat de vaststellingen die aan de oplegging van deze maatregel ten grondslag liggen feitelijk ook de vaststelling van een strafbaar feit (kunnen) behelzen. Tegen die achtergrond zou het in de rede liggen om te bepalen dat geen EMA wordt opgelegd ter zake van een feit waarvan de betrokkene is vrijgesproken.³²⁵

Een derde categorie betreft sancties die zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht een plaats hebben gekregen. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de wetgeving die tot stand is gekomen ter bestrijding van voetbalvandalisme en ernstige overlast.³²⁶ Deze wetgeving heeft het mogelijk gemaakt dat zowel de officier van justitie als de burgemeester gedragsaanwijzingen geeft aan een persoon. Art. 172a Gemeentewet maakt het mogelijk dat de burgemeester aan een persoon die individueel of in groepsverband de openbare orde ernstig heeft verstoord (etc.) bij ernstige vrees voor verdere verstoring van de openbare orde een bevel geeft om (a) zich niet te bevinden in of in de omgeving van een of meer bepaalde objecten binnen de gemeente, dan wel in een of meer bepaalde delen van de gemeente; (b) zich niet in één of meer bepaalde delen van de gemeente op een voor het publiek toegankelijke plaats zonder redelijk doel met meer dan drie andere personen in groepsverband op te houden, of (c) zich op bepaalde tijdstippen te melden op of vanaf bepaalde plaatsen, al dan niet in een andere gemeente. Art. 509hh Sv geeft de officier van justitie een tot op zekere hoogte vergelijkbare bevoegdheid om gedragsaanwijzingen te geven. Hij kan de verdachte tegen wie ernstige bezwaren bestaan een gedragsaanwijzing geven in geval van een verdenking van een strafbaar feit waardoor de openbare orde, gelet op de aard van het strafbare feit of de samenhang met andere strafbare feiten, dan wel de wijze waarop het strafbare feit is gepleegd, ernstig is verstoord. Die gedragsaanwijzing kan inhouden dat de verdachte wordt bevolen (a) zich niet op te houden in een bepaald gebied, (b) zich te onthouden van contact met een bepaalde persoon of bepaalde personen, (c) zich op bepaalde tijdstippen te melden bij de daartoe aangewezen opsporingsambtenaar, (d) zich te doen begeleiden bij hulpverlening die van invloed kan zijn op het plegen van strafbare feiten door de verdachte.

De wet voorziet voor een specifiek geval in een vorm van afstemming. Indien de officier van justitie een persoon een gedragsaanwijzing heeft gegeven inhoudend dat hij zich niet mag ophouden in een bepaald gebied, geeft de burgemeester aan deze persoon niet een bevel voor hetzelfde gebied (art. 172a lid 5 Gemeentewet). In het geval van een strafrechtelijke gedragsaanwijzing heeft de wetgever bovendien in een vorm van afstemming met oordeelsvorming door de strafrechter willen voorzien. De rechter voor wie de verdachte gedagvaard is te verschijnen, kan de gedragsaanwijzing wijzigen. En de rechter kan de gedragsaanwijzing opheffen indien hij van oordeel is dat niet of niet langer wordt voldaan aan de in het eerste lid gestelde voorwaarden voor het geven van de gedragsaanwijzing (art. 509hh lid 4 Sv). De verdachte kan bovendien tegen de gedragsaanwijzing en de verlenging daarvan in beroep komen bij de rechtbank (art. 509hh lid 5 Sv).

³²⁵ Vgl. in die richting enigszins ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1523, waarin de Raad van State de beslissing tot oplegging van de EMA voor een gedraging waarvan de strafrechter heeft vrijgesproken vernietigt nu het CBR daaraan enkel het proces-verbaal ten grondslag had gelegd dat de strafrechter niet had overtuigd. Zie echter ook ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2826. Als gezegd werd de voorganger van de EMA, de Alcoholverkeerscursus, door de strafrechter opgelegd. Zo gezien is het niet zo merkwaardig als een vrijspraak aan het opleggen van de EMA in de weg zou gaan staan.

³²⁶ Zie de Wet van 7 juli 2010, *Stb.* 2010, 325 en de Wet van 30 juni 2015, *Stb.* 255. De laatste wet is (mede) het resultaat van de evaluatie van de eerste in Winter e.a. 2012.

Maar in het oog springt vooral welke vormen van afstemming allemaal niet geregeld zijn. Zo sluit de wet niet uit dat de burgemeester en de officier van justitie allebei naar aanleiding van dezelfde feiten gedragsaanwijzingen geven.³²⁷ De gedragsaanwijzingen die de burgemeester geeft mogen alleen niet hetzelfde gebied betreffen als de aanwijzingen die de officier van justitie al heeft gegeven. In het perspectief van dit onderzoek trekt voorts de aandacht dat elke afstemming tussen de bevelen die de burgemeester geeft en oordeelsvorming door de strafrechter ontbreekt.³²⁸ Ook als de strafrechter vrijsprekt, kan de burgemeester zijn bevel in stand laten. Dat geldt ook als de strafrechter, bijvoorbeeld in het licht van onderzoek door gedragsdeskundigen, een ander sanctiepakket aangewezen acht. De gedragsaanwijzingen die de burgemeester geeft, cumuleren in dat geval eenvoudig met de straffen en maatregelen die de strafrechter bij een veroordeling oplegt. Met een schuin oog naar Nykänen kan worden vastgesteld dat de afstemming tussen de bevoegdheden van de burgemeester en strafvorderlijke organen hier niet aan de maat is die van toepassing is als het non bis in idem-beginsel hier zou gelden.³²⁹ Daarbij kan in verband met de onschuldpresumptie nog worden vastgesteld dat de burgemeester zich van een oordeel over de schuld aan een strafbaar feit van betrokkene moet onthouden zolang de strafrechter daar niet over heeft geoordeeld.

In een strafrechtelijk stelsel dat mogelijkheden tot samenwerking biedt tussen strafvorderlijke organen en bestuursorganen zou een andere oplossing tot stand kunnen komen. De regeling die thans in art. 509hh Sv is opgenomen, zou in beginsel omgebouwd kunnen worden tot een regeling die zowel de officier van justitie als de burgemeester de bevoegdheid verleent tot het uitvaardigen van gedragsaanwijzingen voor een nader te bepalen periode, en die de officier van justitie bevoegd maakt deze periode met een zekere periode te verlengen.³³⁰ Die gedragsaanwijzingen zouden, net als thans, vooruitlopen op een behandeling ter terechtzitting na dagvaarding. In aanvulling daarop zou een bestuursrechtelijke regeling de burgemeester eventueel de bevoegdheid kunnen geven om gedragsaanwijzingen op te leggen zonder dat van een strafbaar feit sprake is. De duur van die bestuurlijke gedragsaanwijzingen zou dan evenwel kunnen worden beperkt. Juist de lange duur die het bestuurlijke bevel met verlengingen van de burgemeester thans kan hebben, 12 maanden of negentig

³²⁷ Zie voor een voorbeeld Rechtbank Haarlem 21 september 2009, ECLI:NL:RBHAA:2012:CA0008, waarin de gedragsaanwijzingen van de officier van justitie van latere datum waren.

³²⁸ Zie voor gevallen van samenloop Rechtbank Leeuwarden 19 december 2012, ECLI:NL:RBL EE:2012:CA2962.

³²⁹ De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat deze bepalingen invoerde besprak de verenigbaarheid met art. 8 EVRM (persoonlijke levenssfeer) en art. 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM (bewegingsvrijheid), *Kamerstukken II* 2007/09, 31 467, nr. 3, p. 31-32. Het non bis in idem-beginsel heeft in de beraadslagingen over beide wetsvoorstellen geen rol gespeeld. Dat kan vermoedelijk verklaard worden uit de omstandigheid dat de burgemeester geen strafbaar feit hoeft vast te stellen, en uit de omstandigheid dat de wet uit 2010 een herhaaldelijke ordeverstoring eiste. Die laatste eis is door de wet uit 2015 vervallen. En het is de vraag of de omstandigheid dat de burgemeester geen strafbaar feit hoeft vast te stellen de doorslag geeft in de zaken waarin dat strafbare feit wel de aanleiding vormt voor beide maatregelen. Maar ook als dat wel de doorslag geeft, geldt de vaststelling in de tekst: de maatstaf van een behoorlijke rechtshandhaving die van toepassing zou zijn als het non bis in idem beginsel zou gelden, wordt hier niet gehaald.

³³⁰ Dat zou ook tegemoet kunnen komen aan één van de kritiekpunten op de wet bij gemeentelijke respondenten: weinig medewerking van het OM (Winter e.a. 2012, p. 2, 58, 88). De volledige scheiding tussen bestuurlijke en strafvorderlijke bevoegdheden kan daar mede debet aan zijn. Ook de merkwaardige constructie waarbij burgemeesters elkaar verzoeken om overeenkomstige bevelen te geven (art. 172a lid 3 Gemeentewet) kan in de voorgestelde constructie worden gemist.

dagen binnen 24 maanden (art. 172a lid 5 Gemeentewet), roept de grootste risico's uit oogpunt van proportionaliteit en in relatie tot latere oordeelsvorming door de strafrechter in het leven.³³¹

Als aan de betrekkelijk kort geleden tot stand gekomen verdeling van bevoegdheden vast wordt gehouden verdient het in ieder geval aanbeveling om een zekere afstemming tussen beslissingen van de burgemeester en beslissingen van de strafrechter te regelen. Ook als de gedragsaanwijzingen van de burgemeester geen criminal sanction behelzen, komt het in verband met de onschuldpresumptie niet wenselijk voor dat zij worden verlengd nadat de strafrechter de betrokkene heeft vrijgesproken van het gedrag dat tot de oplegging van de gedragsaanwijzingen aanleiding gaf.

4.6 Tot slot

In deze paragraaf is onderzocht hoe, bij aanpassingen van het strafrecht als in de derde paragraaf voorgesteld, de rechtshandhaving via strafrecht en bestuursrecht het best kan worden vormgegeven. Daarbij bleek dat de wens om een bis in idem te voorkomen aanleiding kan geven tot concentratie van straffen en maatregelen in het strafrecht. Het strafrecht biedt ook mogelijkheden om aan overtredingen sancties en rechtsgevolgen te verbinden die tot voor kort of thans via het bestuursrecht worden gerealiseerd, zoals het asp en de openbaarmaking van beslissingen waarin punitieve sancties zijn opgelegd. Wel kan het noodzakelijk zijn om (strafprocessuele) grenzen aan de mogelijkheden om sancties op te leggen bij te stellen.

Er kunnen ook goede redenen zijn om sancties en rechtsgevolgen in het bestuursrecht te blijven regelen. De integriteitsbeoordelingen die in het kader van de wet Bibob aan de orde zijn, strekken er niet toe een zelfstandig oordeel over de schuld of onschuld van de betrokkene te vellen. De doelstellingen van deze procedure zijn voorts niet bestraffend van aard. Er kunnen ook goede redenen zijn om een sanctie als de EMA, mede gelet op het oordeel van het EHRM dat deze sanctie geen punitief karakter heeft, in het bestuursrecht te blijven regelen. Wel ligt het in de rede om in dat geval te bepalen dat geen EMA wordt opgelegd ter zake van een feit waarvan de strafrechter de betrokkene heeft vrijgesproken. Ten slotte kunnen er ook redenen zijn om in het bestuursrecht te blijven voorzien in een mogelijkheid voor de burgemeester om gedragsaanwijzingen te geven. Maar in een strafrecht dat mogelijkheden tot samenwerking tussen strafvorderlijke organen en bestuursorganen biedt, kan ook een regeling vorm worden gegeven waarin bevoegdheden meer in samenhang geregeld zijn. En in ieder geval komt het wenselijk voor om te regelen dat gedragsaanwijzingen van de burgemeester niet kunnen worden verlengd nadat de strafrechter de betrokkene heeft vrijgesproken van de gedraging die tot de oplegging van deze gedragsaanwijzingen aanleiding gaf.

³³¹ Vgl. voor een andere constructie waarin strafrechtelijke en bestuursrechtelijke bevoegdheidstoepassing niet naast elkaar staan maar tot samenwerking nopen de regeling van de veiligheidsfouillering (artt. 50-52 WWM; art.174b Gemeentewet).

5. Slotbeschouwing

5.1 Inleiding

De centrale vraagstelling van dit onderzoek is: op basis van welke principes en criteria kan de rechtshandhaving worden ingericht? Uit de voorgaande paragrafen laten zich welbeschouwd één criterium en twee principes afleiden. Het criterium heeft betrekking op de inrichting van het recht. Dat criterium houdt in dat rechtsregels over de verschillende rechtsgebieden (burgerlijk recht, bestuursrecht, strafrecht) worden verdeeld op basis van de aard van de rechtsbetrekking waar de regels op zien. Het eerste principe stelt eisen aan de punitieve handhaving. Het non bis in idem beginsel brengt mee dat sancties met een punitief karakter niet zowel via het bestuursrecht als via het strafrecht kunnen worden opgelegd, in twee afzonderlijke procedures die volledig los van elkaar staan. Het tweede principe stelt ook eisen aan beslissingen die in een andere context dan die van punitieve handhaving worden genomen. De onschuldpresumptie brengt mee dat een gegeven vrijspraak niet door beslissingen van bestuurlijke autoriteiten of de bestuursrechter mag worden ondermijnd. En deze beslissingen mogen evenmin een schuldvaststelling behelzen die vooruitloopt op een oordeel van de strafrechter.

Deze slotbeschouwing, die in de kern een samenvattend karakter heeft, neemt dit criterium en deze principes tot uitgangspunt. Bezien zal worden in hoeverre de huidige inrichting van de punitieve handhaving in overeenstemming is met het criterium en de beide principes, en hoe die overeenstemming desgewenst zou kunnen worden vergroot.

5.2 De inrichting van het recht

De verdeling van rechtsregels over rechtsgebieden (burgerlijk recht, bestuursrecht, strafrecht) is gebaseerd op de aard van de door die rechtsregels geregelde rechtsbetrekkingen. Dat is niet alleen in Nederland zo, dat is het indelingscriterium dat ook in andere landen leidend is. Inrichting van het recht op basis van dit criterium heeft belangrijke voordelen. Zo dient deze indeling de inzichtelijkheid van het recht. De koopovereenkomst bijvoorbeeld is privaatrechtelijk van aard, en kan daarom in het burgerlijk recht uitputtend geregeld worden. Indeling van het recht op basis van dit criterium bevordert ook de rechtseenheid en de rechtsgelijkheid. Doordat het recht dat een rechtsverhouding beheerst maar één keer wordt uitgeschreven, worden alle gevallen waarin de regel van toepassing kan zijn gelijk behandeld. Burger en bestuursorgaan die een auto kopen, hebben dezelfde rechtspositie. De rechtseenheid heeft ook een procedureel aspect. Doordat de regel in één van de drie rechtsgebieden valt, legt alleen de hoogste rechter van dat rechtsgebied de regel gezaghebbend uit. Als in verband met de koopovereenkomst een geschil ontstaat, is de civiele kamer van de Hoge Raad de hoogste rechter. Indeling van rechtsregels op basis van dit criterium bevordert voorts de kwaliteit en een juiste toepassing van het recht. Doordat rechtsregels in samenhang geregeld zijn, moet elke wijziging van deze regels in die samenhang doordacht worden. En bij de toepassing van het recht behoeft alleen de jurisprudentie op het betreffende rechtsterrein goed bijgehouden te worden. Wie in de strafkamer van een rechtbank zit, blijft bij als hij de arresten van de strafkamer van de Hoge Raad leest. De jurisprudentie van de civiele kamer en van de Raad van State kan hij in beginsel links laten liggen.

Indeling van rechtsregels op basis van dit criterium bevordert daarmee, zo zal duidelijk zijn, ook een efficiënte toepassing van het recht.

Kern van het probleem dat tot dit onderzoek aanleiding heeft gegeven is misschien wel dat dit indelingscriterium bij de afbakening van strafrecht en bestuursrecht is losgelaten. De inrichting van de handhaving is tot op zekere hoogte leidend geworden bij de inrichting van het recht. Straf- en strafprocesrecht zijn voor bestuursorganen in de Algemene wet bestuursrecht geregeld. De wetboeken van straf- en strafprocesrecht regelen alleen nog de onderdelen van het strafrecht waar het openbaar ministerie bij betrokken is. Zo is een stelsel ontstaan waarin het opleggen van een asp geheel buiten het strafrecht om kon plaatsvinden en het opleggen van bestuurlijke boetes bij fraude met uitkeringen wettelijk genormeerd is op een wijze die ver af staat van wat in het strafrecht aanvaardbaar wordt gevonden.

Er kunnen argumenten zijn om het recht anders in te richten dan uit dit indelingscriterium voortvloeit. De inschatting kan zijn dat met een afwijkende regeling van rechtsverhoudingen die ook al in het strafrecht geregeld zijn zo veel winst te behalen is voor de feiten die onder die afwijkende regeling vallen dat de nadelen (uit oogpunt van inzichtelijkheid van het recht, rechtseenheid en rechtsgelijkheid) het daartegen moeten afleggen. Maar daar lijkt bij de huidige stand van zaken in het strafrecht en het punitieve bestuursrecht geen sprake meer van te zijn. Het is juist het punitieve bestuursrecht dat onder vuur ligt. En in bestuursrechtelijke rechtspraak is op een aantal punten een beweging zichtbaar in de richting van de strafrechtspraak. Tegelijk is het strafrecht de laatste jaren bij de tijd gebracht. Ook in het strafrecht kunnen bestuursorganen sancties opleggen. Sinds enkele jaren is het Ministerie van Veiligheid en Justitie bovendien bezig om het Wetboek van Strafvordering via een uitgebreide wetgevingsoperatie verder te moderniseren. Tegen die achtergrond ligt het niet in de rede om te berusten in de huidige stand van zaken. Een Wetboek van Strafvordering dat bij de tijd is gebracht dient een toereikende normering voor alle strafvordering te bevatten, ook voor strafvordering door bestuursorganen.

De gedachte kan daarbij niet zijn dat langs deze weg in een vloek en een zucht weer een eenvormig punitief stelsel kan worden gerealiseerd. Daarvoor is de inrichting van de punitieve handhaving inmiddels te gecompliceerd. Andere departementen dan dat van Veiligheid en Justitie zullen daarbij naar verwachting -en begrijpelijkerwijs- niet staan te trappelen om bestuursrechtelijke schoenen weg te doen voordat duidelijk is dat nieuwe strafrechtelijke schoenen even goed of beter passen. Maar een overweging kan wel zijn dat aanpassingen die de aantrekkelijkheid van het strafrecht als handhavingsmodel verhogen, de beste kans bieden dat de problematiek die de Afdeling advisering van de Raad van State tot het uitbrengen van een ongevraagd advies heeft gebracht ooit (voor een groot deel) de wereld uit kan worden geholpen. Want die problematiek vindt zijn oorzaak in het bestaan van een tweede punitief stelsel, waarin -naar het oordeel van de Afdeling advisering van de Raad van State- de rechtsbescherming onder de maat is, en waarin onvoldoende regie wordt gevoerd over de hoogte van geldboetes. De rechtsbescherming in het strafrecht schiet niet tekort. En regie van de Minister van Veiligheid en Justitie over de hoogte van de boetes die worden opgelegd is in de context van de strafrechtelijke handhaving via het openbaar ministerie verzekerd.

Het komt derhalve wenselijk voor dat punitieve handhaving door bestuursorganen adequaat wordt ingekaderd in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. Een basis daarvoor is gelegd met de regelgeving betreffende de bestuurlijke strafbeschikking. Uit die regelgeving volgt dat de beslissing om

een bestuurlijke strafbeschikking uit te vaardigen enkel aan het bestuursorgaan is. Het openbaar ministerie kan geen bindende aanwijzingen aan het bestuursorgaan geven over de wijze waarop het beleid en de prioritering met betrekking tot het uitvoeren van bestuurlijke strafbeschikkingen wordt vormgegeven. In een strafzaak waarin een bestuurlijke strafbeschikking is uitgevaardigd, komt het openbaar ministerie pas aan bod als verzet wordt ingesteld.

Onder het geldend recht is de rol van het bestuursorgaan op dat moment uitgespeeld. Er zijn een aantal argumenten om ons strafrecht op dit punt aan te passen en het bestuursorgaan het recht te geven om bij de behandeling ter terechtzitting het woord te voeren. Centraal staat dat het bestuursorgaan dat de bestuurlijke strafbeschikking heeft uitgevaardigd, voldoende belang bij de strafzaak heeft om ter terechtzitting het woord te mogen voeren. Daar komt een argument bij dat met procedurele rechtvaardigheid verband houdt. Bij de behandeling ter terechtzitting kan kritiek worden geuit op de strafbeschikking zelf of op de gang van zaken in het voortraject. Dan valt er iets voor te zeggen dat het bestuursorgaan zich daartegen kan verdedigen. Verder is bij het bestuursorgaan kennis aanwezig die voor de berechting relevant kan zijn. De vertegenwoordiger van het bestuursorgaan kan licht werpen op aspecten die het bewijs of de interpretatie van bijzondere regelgeving betreffen. En de vertegenwoordiger van het bestuursorgaan kan helderheid verschaffen over de relatie tussen eventueel op te leggen straffen en maatregelen en bestuursrechtelijke handhaving. Ook dat kan rechtvaardigen dat een vertegenwoordiger van het bestuursorgaan ter terechtzitting het woord mag voeren.

Bij realisatie van een dergelijke procespositie voor het bestuursorgaan zou aan het openbaar ministerie het recht kunnen worden gegeven ter terechtzitting verstek te laten gaan in (nader af te grenzen) strafzaken waarin het bestuursorgaan ter terechtzitting vertegenwoordigd is. Het openbaar ministerie zou daarover afspraken kunnen maken met het bestuursorgaan. Langs deze weg kan worden voorkomen dat een gebrek aan capaciteit van het openbaar ministerie aan een vlotte afdoening van strafzaken waarin een bestuurlijke strafbeschikking is uitgevaardigd in de weg staat. En deze constructie zou het openbaar ministerie de mogelijkheid bieden om de eigen werkzaamheden meer toe te snijden op zijn kerntaak: opsporing en vervolging van zwaardere criminaliteit.

Door deze aanpassingen zou het strafrecht bij het ordeningsrecht in een stelsel van samenwerking veranderen. Het bestuursorgaan vaardigt de bestuurlijke strafbeschikking uit, verzet wordt ingesteld bij het openbaar ministerie, ter terechtzitting wordt het woord gevoerd door het openbaar ministerie en/of het bestuursorgaan, en de tenuitvoerlegging geschiedt door het CJIB. Denkbaar is dat, op termijn en op specifieke terreinen, nog andere of aanvullende vormen van samenwerking geregeld worden. Maar met dit grondpatroon zou het Wetboek van Strafvordering al een kader bieden dat bij veel rechtsbetrekkingen van strafrechtelijke aard waar bestuursorganen bij betrokken zijn passend is.

Verder komt het, mede met het oog op de inkadering van strafvordering door bestuursorganen, wenselijk voor dat de sanctietoemeting in het strafrecht in een deel van de gevallen strakker genormeerd wordt. Op dit punt is het strafrecht de verkalking, om met Knigge te spreken, nog niet helemaal voorbij. Er wordt ten onrechte vastgehouden aan de gedachte dat een minimale wettelijke normering van sanctietoemeting bij straffen (een laag algemeen minimum en een hoog specifiek maximum) ook altijd de optimale is. Doorslaggevend behoort te zijn met welke normering een rechtvaardige sanctietoemeting optimaal wordt bevorderd. Bij een ingrijpende sanctie als de vrijheidsstraf is het van groot belang dat de rechter de straf kan bepalen in het licht van de

omstandigheden van het geval. Bij een lichte geldboete voor overtredingen die sterk vergelijkbaar zijn is een meer tariefmatige normering te prefereren. In het bestuursrecht is in verschillende wettelijke regelingen een basis gecreëerd voor dergelijke vormen van normering. Een voorbeeld is te vinden in de Wahv. De Wahv kent een bijlage met omschrijvingen van feiten en tarieven die bij algemene maatregel van bestuur kan worden gewijzigd. In het strafrecht zou, om te beginnen, deze normering kunnen worden overgenomen. Het is niet goed te rechtvaardigen dat, in de huidige situatie, de straf voor exact dezelfde overtreding in het bestuursrecht is gefixeerd, terwijl de wettelijke normering in het strafrecht slechts een algemeen minimum en een algemeen maximum behelst.

Vervolgens zouden de feiten en tarieven voor boetes die in de Richtlijn bestuurlijke strafbeschikkingsbevoegdheid milieu- en keurfeiten en de bijbehorende feitenlijst zijn neergelegd, eveneens in een algemene maatregel van bestuur op een te creëren wettelijke grondslag kunnen worden neergelegd. Daarbij zou die normering meteen kunnen worden verruimd. Het kader voor straftoemeting dat de richtlijn en de bijbehorende feitenlijst thans bevat, biedt de betreffende bestuursorganen geen ruimte om van de vastgestelde tarieven af te wijken als dat gelet op de omstandigheden van het geval in de rede ligt. Verrassenderwijs is hier juist in het strafrecht een strikte binding aan een straftoemetingskader gerealiseerd die in de praktijk problemen oplevert, en die niet past in een stelsel van samenwerking waarin op een adequate taakvervulling door bestuursorganen vertrouwd wordt.

Derde stap zou kunnen zijn dat straftoemeting bij recidive in sommige gevallen nader wordt genormeerd. In het bestuursrecht is een regeling mogelijk die aan de vaststelling van recidive de intrekking van het rijbewijs verbindt. In het strafrecht is een maatregel ingepast die bij nader omschreven eerdere veroordelingen het opleggen van een langdurige vrijheidsbenemende maatregel met een vrijheidsbenemend karakter mogelijk maakt. Het Wetboek van Strafrecht drukt met een wettelijke strafverzwarringsgrond uit dat aan recidive zwaar wordt getild. Tegen deze achtergrond zou bij een bijkomende straf als de rijontzegging een wettelijke grondslag kunnen worden gecreëerd voor een normering die aan vaststellingen van recidive gekoppeld is.

Dergelijke op de wet berustende kaders zouden ook de straftoemeting door de rechter betreffen. De binding van de rechter aan deze normering behoeft echter niet strak te zijn; zij kan zo vorm worden gegeven dat de rechter van het tarief kan afwijken als daar goede redenen voor zijn. Op die wijze blijft de kern van de rechterlijke vrijheid bij straftoemeting ook bij de straffen waar een nadere normering van toepassing is onverkort behouden.

5.3 *Non bis in idem*

Het non bis in idem beginsel is in de eerste plaats een waarborg tegen dubbele aansprakelijkstelling. Het staat er aan in de weg dat iemand twee keer voor hetzelfde feit wordt bestraft. Maar het beginsel heeft ook een formeelrechtelijk aspect. Het waarborgt tevens dat iemand niet twee keer voor hetzelfde feit wordt vervolgd. In het strafrecht is het non bis in idem beginsel in een aantal wetsbepalingen uitgewerkt. Belangrijk is vooral art. 68 Sr. Daarin is onder meer neergelegd dat iemand niet andermaal kan worden vervolgd wegens een feit waarover te zijnen aanzien bij gewijsde van de Nederlandse strafrechter onherroepelijk is beslist. Ook bij de strafbeschikking geldt een non bis in idem regel. Indien tegen de verdachte een strafbeschikking is uitgevaardigd die volledig ten uitvoer is gelegd, kan hij

behoudens een bevel tot vervolging van het gerechtshof ter zake van hetzelfde feit niet opnieuw in rechten worden betrokken (art. 255a Sv). Het non bis in idem beginsel is op internationaal niveau in art. 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM neergelegd. Dat protocol is door Nederland niet geratificeerd. Nederland is echter wel gebonden aan art. 50 van het Handvest van de Europese Unie, waarin het non bis in idem beginsel ook is neergelegd. Deze bepaling richt zich ook tot de lidstaten, doch 'uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen'. Via dat Handvest is ook art. 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM en de rechtspraak inzake die bepaling voor Nederland van belang. Want art. 50 Handvest heeft minimaal dezelfde inhoud en reikwijdte als het overeenkomstige recht van het EVRM (art. 52 lid 3 Handvest). Daarnaast neemt de Hoge Raad deze rechtspraak in aanmerking bij de erkenning van op het non bis in idem beginsel gebaseerde beginselen van een goede procesorde die in Nederland een ruime reikwijdte hebben.

In een stelsel waarin rechtsregels over rechtsgebieden verdeeld worden op basis van de aard van de door die rechtsregels geregelde rechtsbetrekkingen, is het non bis in idem beginsel een strafrechtelijk beginsel. Zoals wij zagen is dat inrichtingscriterium bij de afbakening van strafrecht en bestuursrecht losgelaten. Dat brengt mee dat het non bis in idem beginsel ook in het bestuursrecht van belang is geworden. De Algemene wet bestuursrecht bevat een non bis in idem regel in verband met de bestuurlijke boete. Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien aan de overtreder wegens dezelfde overtreding reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd, dan wel aan hem kennis is gegeven dat voor de overtreding geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd (art. 5:43 Awb).

De wet bevat ook een aantal bepalingen die bij samenloop van strafvervolging en een bestuurlijke boete van toepassing zijn. Indien ter zake van het feit aan de verdachte een bestuurlijke boete is opgelegd, heeft dit in het strafrecht dezelfde rechtsgevolgen als een kennisgeving van niet verdere vervolging. En die zijn ook verbonden aan de mededeling dat voor de overtreding geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd (art. 5:50 lid 2 onder a Awb); een mededeling die meer met een kennisgeving van niet verdere vervolging overeenkomt dan de boete zelf (art. 243 lid 2 Sv). Omgekeerd legt het bestuursorgaan geen bestuurlijke boete op indien tegen de overtreder wegens dezelfde gedraging een strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen dan wel een strafbeschikking is uitgevaardigd (art. 5:44 Awb). Aan een kennisgeving van niet verdere vervolging verbindt het bestuursrecht geen rechtsgevolgen. Een bestuurlijke boete vervalt ten slotte als het gerechtshof een bevel tot vervolging geeft (art. 5:47 Awb).

Maar de Algemene wet bestuursrecht geeft niet een non bis in idem regel voor andere bestraffende sancties. Art. 5:54 Awb bepaalt wel dat de titel inzake de bestuurlijke boete van overeenkomstige toepassing is op andere bestraffende sancties, maar die toepasselijkverklaring geldt slechts voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. En ook als dat anders zou zijn, is er nog altijd de vraag wanneer sprake is van een bestraffende sanctie. Die vraag wordt dikwijls verschillend beantwoord. Regeling van een punitieve sanctie in het bestuursrecht roept kortom niet automatisch de bijbehorende rechtsgevolgen in het leven. Dat is in het strafrecht anders. De enkele omstandigheid dat een sanctie als straf of maatregel geregeld wordt, brengt mee dat zij slechts in een rechterlijk vonnis of arrest dan wel in een strafbeschikking kan worden opgelegd. Daarmee is verzekerd dat een wettelijke non bis in idem regel geldt. De bespreking van het non bis in idem beginsel illustreert aldus hoe belangrijk het is dat het in de vorige subparagraaf besproken criterium in acht wordt genomen. Als punitieve sancties in het strafrecht geregeld worden, geldt een heldere non bis in idem regel en is gewaarborgd dat afwegingen inzake op te leggen straffen en maatregelen in samenhang worden gemaakt.

Tegen deze achtergrond komt het wenselijk voor dat regeling van punitieve sancties in het strafrecht bevordert en in het bestuursrecht bemoeilijkt wordt. De maatregelen die in de vorige subparagraaf zijn voorgesteld kunnen regeling in het strafrecht bevorderen. Een keuze voor het strafrecht betekent niet meer dat het bestuursorgaan elke invloed kwijt is en dat elke vorm van normering van straftoemeting uit den boze is. In aanvulling daarop zou in de Aanwijzingen voor de regelgeving een voorkeur voor regeling van punitieve sancties in het strafrecht neergelegd kunnen worden. Daarmee zou worden bereikt dat een departement dat sancties waaraan een punitief karakter kan worden toegekend in het bestuursrecht wil regelen, uitleg verschaft over deze keuze. Die uitleg zou duidelijk moeten maken waarom niet tot regeling in het strafrecht is overgegaan en over de mogelijkheid dat de voorgestelde regeling in het bestuursrecht tot problemen in verband met het non bis in idem beginsel leidt. Nederland zou voorts het Zevende Protocol bij het EVRM alsnog kunnen ratificeren. Dat maakt helder dat door regeling in het bestuursrecht van een sanctie niet aan de toepasselijkheid van het non bis in idem ontkomen kan worden. Duidelijk wordt dat de norm voor een behoorlijke rechtshandhaving die uit de rechtspraak van het EHRM inzake het non bis in idem kan worden afgeleid, ook voor Nederland geldt. En het ontslaat de Hoge Raad van de lastige taak, af te wegen waar een schending van dit mensenrecht zo onbehoorlijk wordt dat er ook zonder basis in wet of verdrag ingegrepen moet worden.

Overweging verdient voorts, te verduidelijken wanneer aan een strafbaar feit te verbinden rechtsgevolgen een punitieve sanctie zijn. Die vraag speelt bijvoorbeeld bij de openbaarmaking van boetebesluiten. Denkbaar is, een bepaling in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen. De Awb eist al dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bij of krachtens de wet is verleend. In aanvulling daarop zou de Awb kunnen bepalen dat onder een bestuurlijke sanctie mede wordt begrepen elk aan een overtreding verbonden rechtsgevolg dat al dan niet mede de strekking van een straf of maatregel heeft.

Verder zou kunnen worden gezien of, en zo ja op welke wijze, punitieve sancties die thans in het bestuursrecht geregeld zijn in het strafrecht geregeld kunnen worden. Daartoe behoort in de eerste plaats het asp. Het volgen van het asp zou in het strafrecht vorm kunnen krijgen als een bijzondere voorwaarde die aan tenuitvoerlegging van een langdurige rijontzegging in de weg staat. Een voorwaardelijke rijontzegging van een dergelijke lengte kan thans echter slechts worden opgelegd door de strafrechter, na een onderzoek ter terechtzitting. In een strafbeschikking kan alleen een onvoorwaardelijke rijontzegging van maximaal zes maanden worden opgelegd. Denkbaar is om mogelijk te maken dat het asp in een rechterlijke strafbeschikking wordt opgelegd, zonder terechtzitting. Maar daarmee is uit oogpunt van werkbeparing weinig gewonnen als vervolgens tegen elke rechterlijke strafbeschikking verzet zou worden aangewend. De keerzijde van een op het individu toegesneden afweging is hier dat aan oplegging van het asp via het strafrecht een prijs hangt die hoger is dan bij de bestuurlijke handhaving die door de Raad van State in strijd met het evenredigheidsbeginsel is geoordeeld.

In het bestuursrecht heeft voorts het *naming and shaming* een zekere vlucht genomen. Het strafrecht kent al voorzieningen die daar bij aansluiten. De wet maakt openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak als bijkomende straf mogelijk. En bij algemene maatregel van bestuur kunnen strafbeschikkingen worden aangewezen die op daarbij te bepalen wijze openbaar worden gemaakt. Openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak wordt echter maar zelden als straf opgelegd. En van de mogelijkheid om strafbeschikkingen aan te wijzen die openbaar worden gemaakt is tot op heden geen gebruik gemaakt. Te bepleiten valt dat het strafrecht hier te terughoudend is. Generale preventie is een belangrijke doelstelling van punitieve handhaving. Het bekend maken van rechterlijke uitspraken en

beschikkingen waarin boetes en andere sancties zijn opgelegd kan aan die doelstelling bijdragen. Dat klemmt temeer bij een ontwikkeling waarin steeds meer zaken zonder strafproces en daarmee buiten de openbaarheid worden afgedaan. Tegen die achtergrond komt in het strafrecht, zeker bij ordeningswetgeving, een praktijk wenselijk voor waarin strafbeschikkingen die in kracht van gewijsde zijn gegaan, bijvoorbeeld bij rechtspersonen, in ruimere mate openbaar worden gemaakt. Om te voorkomen dat tegen deze strafbeschikkingen verzet wordt aangetekend teneinde aan die bekendmaking te ontkomen, verdient overweging daar een straftoemettingsbeleid inzake openbaarmaking van rechterlijke uitspraken aan te koppelen. Aan de samenhang tussen openbaarmaking van strafbeschikkingen en van rechterlijke uitspraken zou nog beter vorm kunnen worden gegeven door deze in een nieuwe bijkomende straf samen te nemen en de oplegging van die bijkomende straf - in lijn met het in de vorige subparagraaf gestelde - nader te normeren. Daarmee zou tevens in toereikende rechtsbescherming tegen openbaarmaking van strafbeschikkingen zijn voorzien; de wet biedt die rechtsbescherming thans niet.

Een begrenzing van de mogelijkheden om een punitieve sanctie in het strafrecht te regelen kan niet alleen liggen in de vormgeving van deze sanctie, maar ook in strafvorderlijke mogelijkheden om deze sanctie ten uitvoer te leggen. Vooral bij economische sancties als de stillegging en de onderbewindstelling van de onderneming kan de tenuitvoerlegging complicaties meebrengen. Die complicaties kunnen in sommige gevallen worden overwonnen door bestuursorganen een rol bij de tenuitvoerlegging te geven. Dat zou goed passen in een strafrecht dat als stelsel van samenwerking vorm wordt gegeven. Indien het wenselijk voorkomt bestuursorganen - op termijn - in bijzondere gevallen een rol te geven bij de tenuitvoerlegging, ligt het ondertussen nog meer in de rede dat bestuursorganen ter terechtzitting een procespositie krijgen. Zij kunnen dan ter terechtzitting over de oplegging van deze straffen en maatregelen meepraten.

5.4 *De onschuldpresumptie*

De onschuldpresumptie is neergelegd in art. 6 lid 2 EVRM. Zij brengt mee dat de rechter, indien de berechting op een vrijspraak is uitgelopen, in zijn vonnis of in met de strafzaak samenhangende procedures niet mag laten blijken dat hij toch van de schuld van de verdachte overtuigd is. Zo mag een verzoek om schadevergoeding wegens ondergane voorlopige hechtenis na een vrijspraak niet worden afgewezen met een motivering waarin de rechter aangeeft dat de vrijspraak zijns inziens bij lange na niet alle twijfel heeft weggenomen. Maar de verplichting om de onschuldpresumptie te respecteren rust niet alleen op de strafrechter. Zo is art. 6 EVRM wel geschonden geacht in verband met een persconferentie waar (onder andere) een minister en hoge politiefunctionarissen verklaarden dat een verdachte medeplichtig was aan een moordaanslag.

Deze rechtspraak staat er niet aan in de weg dat de burgerlijke rechter na een vrijspraak een vordering tot schadevergoeding toewijst wegens de gedraging waar de vrijspraak betrekking op had. Maar de burgerlijke rechter moet zijn beslissing in dat geval wel zo formuleren dat van de uitspraak niet kan worden gezegd dat zij de vrijspraak van de betrokkene heeft ondermijnd. En ook van bestuursorganen en de bestuursrechter wordt gevraagd dat zij zich na een onherroepelijke vrijspraak of vooruitlopend op een oordeel van de strafrechter onthouden van (motiveringen van) beslissingen die er op neerkomen dat de betrokkene het ten laste gelegde feit heeft gepleegd. Bestuursorganen en

bestuursrechters moeten derhalve ook bij beslissingen die niet een criminal sanction behelzen rekening houden met een strafvervolg die hetzelfde feit betreft.

Het risico van schending van de onschuldpresumptie is (zo goed als) afwezig als de beslissing inzake het al dan niet verbinden van rechtsgevolgen aan een feit wordt genomen door de strafvorderlijke organen die over het feit oordelen. De vrijspraak impliceert in dat geval dat de rechtsgevolgen niet aan het feit kunnen worden verbonden. Dat kan een argument zijn om de sanctie in het strafrecht te regelen. Maar er kunnen andere goede redenen zijn om de betreffende rechtsgevolgen in het bestuursrecht te regelen. Regeling in het bestuursrecht is uit oogpunt van de onschuldpresumptie op zichzelf niet bezwaarlijk, als maar verzekerd is dat een onherroepelijke vrijspraak niet wordt ondermijnd en niet op het oordeel van de strafrechter over de schuld van de betrokkene wordt vooruitgelopen.

Tegen die achtergrond is het wenselijk dat de wet bij bestuursrechtelijke beslissingen die een vrijspraak kunnen ondermijnen regelingen treft die dat voorkomen. Een voorbeeld van een bestuursrechtelijke sanctie waarbij dat speelt is de EMA. Aanleiding voor het opleggen van de EMA is een schriftelijke mededeling die op grond van art. 130 lid 1 WVV 1994 dient te worden gedaan in geval een vermoeden bestaat dat de houder van een rijbewijs niet langer beschikt over de rijvaardigheid dan wel over de lichamelijke of geestelijke geschiktheid vereist voor het besturen van één of meer categorieën van motorrijtuigen waarvoor dat rijbewijs is afgegeven. De feiten en omstandigheden die aan dit vermoeden ten grondslag liggen, zijn bij ministeriële regeling aangewezen; een bijlage bij de Regeling maatregelen rijvaardigheid en rijgeschiktheid somt de gedragingen op. Daaronder vallen onder meer het geval waarin bij betrokkene een adem- of bloedalcoholgehalte is geconstateerd dat gelijk is aan of hoger is dan 350 µg/l, respectievelijk 0,8‰ en het geval waarin betrokkene weigert mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in art. 8 lid 2 of 3 WVV 1994. Uit rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat de EMA geen punitief karakter heeft. Daarom kan de EMA ook na de gang van zaken rond het asp een bestuursrechtelijke sanctie blijven. De vaststellingen die aan de oplegging van deze maatregel ten grondslag liggen, zullen dikwijls echter wel de vaststelling van een strafbaar feit behelzen. Zo bezien ligt het in de rede om te bepalen dat geen EMA wordt opgelegd ter zake van een feit waarvan de betrokkene is vrijgesproken.

Een ander voorbeeld zijn de gedragsaanwijzingen die de burgemeester ingevolge art. 172a Gemeentewet kan geven aan een persoon die de openbare orde ernstig heeft verstoord. Elke afstemming tussen de bevelen die de burgemeester geeft en oordeelsvorming door de strafrechter ontbreekt. Ook als de strafrechter vrijsprekt, kan de burgemeester zijn bevel dat op hetzelfde feit gebaseerd is, in stand laten. Vanuit de onschuldpresumptie bezien ligt het in de rede om te bepalen dat de gedragsaanwijzingen van de burgemeester niet worden verlengd nadat de strafrechter heeft vrijgesproken van het gedrag dat tot de oplegging van de gedragsaanwijzingen aanleiding gaf.

Het rechtskarakter van de onschuldpresumptie brengt daarbij mee dat de bescherming die de vrijspraak biedt niet afhankelijk mag worden gemaakt van een beoordeling van de juistheid daarvan door de bestuursrechter. Ook de vrijspraak waarvan de juistheid gelet op later binnengekomen informatie of op andere gronden twijfelachtig is, mag niet worden ondermijnd. De bescherming die een onherroepelijke vrijspraak biedt, zou in beginsel ook in een algemene bepaling in de Awb kunnen worden neergelegd. Er zijn meer bestuurlijke sancties dan de EMA en de gedragsaanwijzingen waarvan de oplegging een vrijspraak kan ondermijnen.

Verder komt het wenselijk voor dat de wetgever bestuursrechtelijke bevoegdheden zo regelt dat de mogelijkheid dat toepassing een vrijspraak kan ondermijnen zo gering mogelijk is. Ook dat kan worden geïllustreerd aan de hand van de regeling van de gedragsaanwijzingen die de burgemeester kan geven (art.172a Gemeentewet). Juist de lange duur die het bestuurlijke bevel met verlengingen thans kan hebben, twaalf maanden of negentig dagen binnen vierentwintig maanden, brengt risico's mee in relatie tot latere oordeelsvorming door de strafrechter.

In een strafrecht dat mogelijkheden tot samenwerking biedt tussen strafvorderlijke organen en bestuursorganen zou een andere oplossing tot stand kunnen komen. De regeling die thans in art. 509hh Sv is opgenomen, zou in beginsel omgebouwd kunnen worden tot een regeling die zowel de officier van justitie als de burgemeester de bevoegdheid verleent tot het uitvaardigen van gedragsaanwijzingen voor een nader te bepalen periode, en die de officier van justitie bevoegd maakt deze periode met een zekere periode te verlengen. Die gedragsaanwijzingen zouden, net als thans, vooruitlopen op een behandeling ter terechtzitting na dagvaarding.

Het is evenwel niet aannemelijk dat de wetgever enkele jaren nadat de bevoegdheden op dit terrein aldus zijn verdeeld, en kort nadat de mogelijkheden om bestuurlijke gedragsaanwijzingen te geven naar aanleiding van een evaluatie verder zijn verruimd, voor een andere inrichting zal kiezen. Wellicht kan een wijziging langs deze lijnen, die overigens wel zou sporen met een aantal bevindingen van de evaluatie die al heeft plaatsgevonden, naar aanleiding van de uitkomsten van een volgende evaluatie worden overwogen.

5.5 Slotopmerking

Al met al bieden aanpassingen die het strafrecht omvormen tot een stelsel van samenwerking verschillende voordelen uit juridisch oogpunt. Het belangrijkste argument voor aanpassingen in deze richting is echter misschien wel niet juridisch van aard. Goede verhoudingen in de handhaving, tussen de personen en organen die daarin een rol spelen, zijn van groot belang. De huidige inrichting van de handhaving is in dat opzicht niet optimaal. Een stelsel waarin de sterke punten van elk van de betrokken organen en de daarin werkzame personen worden benut, en het besef van onderlinge afhankelijkheid wordt versterkt, houdt in dit opzicht een belofte in.

Samenstelling begeleidingscommissie

Voorzitter

Dhr. mr. dr. J.T.K. Bos

Leden

Dhr. dr. F.C.J. van der Doelen

Dhr. mr. drs. B. Foederer

Dhr. mr. drs. P. de Heer

Dhr. mr. K. Krijnen

Dhr. mr. A.J. Timmerman

De voorzitter en de leden van de begeleidingscommissie zijn allen werkzaam bij het Directoraat-Generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

Literatuurlijst

Aarts e.a. 2015

L.J.M. Aarts, M.A.G. Gielen, M.C. Kuin, D. Faber, *Registratie en besteding van de proces verbaal-vergoedingen door gemeenten*, WODC: Den Haag 2015.

Albers 2001

C.L.G.F.H. Albers, “‘Etikettenschwindel’ in het administratieve sanctierecht”, *NJB* 2001, p. 1157-1162.

Albers 2002

C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?*, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2002.

Albers 2008

C.L.G.F.H. Albers, ‘De Wet OM-afdoening. Nagel aan de kist van de bestuurlijke boete?’, *Gemeentestem* 2008, p. 333-344.

Albers 2014

C.L.G.F.H. Albers, *Bestraffend bestuur 2014. Naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht?*, Preadvies VAR 2014, BJU: Den Haag 2014.

Assink, Bröring, Timmerman en De Valk 2011

B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman, S.N. de Valk. ‘Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Een dwarsdoorsnede’, in: B.F. Assink e.a., *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*, Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen / Erasmus Universiteit Rotterdam, deel 76, Deventer: Kluwer 2011, p. 5-77.

Barels 2010

M. Barels, *Hoofdpijnen van de Wet Mulder*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2010.

Barkhuysen e.a. 2014

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, B.J. van Ettekoven, V. Mul, R. Stijnen, M.F.J.M. de Werd, *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, <http://documenten.nj.nl/>.

Belinfante 1957

A.D. Belinfante, ‘Strafrechtelijke en administratiefrechtelijke sancties’, in: *De verhouding van administratieve sancties en straffen*, Preadviezen VAR, Haarlem: Tjeenk Willink 1957.

Beaujean 2012

R.G.A. Beaujean, ‘Voorlopig geen GIDS voor consistente straftoemeting’, *Trema* april 2014, p. 3-9.

Bleichrodt en Vegter 2013

F.W. Bleichrodt en P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Blomberg 2015

A.B. Blomberg, *Aanvullend advies punitieve handhaving van de Omgevingswet*, <https://omgevingswet.pleio.nl/pages/view/361455/adviesrapporten>.

Blomberg en Michiels 1997

A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect. Een empirisch-juridische studie naar de mogelijkheden van effectieve handhaving van het milieurecht*, 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij B.V., 1997.

Bos 1995

J.T.K. Bos, 'De bestuurlijke boete, raakvlakken van bestuurs- en strafrecht', in: *Handhaving van het bestuursrecht*, preadviezen voor de VAR, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink 1995.

Bovend'Eert 2015

P. Bovend'Eert, 'Herstel het domein van de rechter in de rechtsstaat', *NJB* 2015, p. 2877-2880.

Bröring 2005a

H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005.

Bröring 2005b

H.E. Bröring, *Rationele "willekeur". Enkele opmerkingen over discretionaire boetebevoegdheden*, Groningen 2005, <http://irs.ub.rug.nl/ppn/296307858>.

Bröring en Jurgens 2006

H.E. Bröring en G.T.J.M. Jurgens, 'De bestuurlijke boete is zo gek nog niet!', *NTB* 2006/48, p. 340-348.

Bröring en Naves 2010

H.E. Bröring en H.K. Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu, 2010.

Bröring en Van Vorselen 2013

H.E. Bröring, E.M. van Vorselen, 'Lex certa en het financieel bestuursrecht', *JBplus* 2013/3, p. 102-128.

Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2012

H.E. Bröring, M. den Uijl, A. Tollenaar, N.J.M. Kwakman, B.F. Keulen, *Referentiekader geldboetes. Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht*, www.wodc.nl, 2012, tevens uitgegeven in de Serie Bestuursrecht & Bestuurskunde Groningen.

Buitelaar 2015

Saskia Buitelaar, 'Gemeente versus omgevingsdienst: botsende wetten', *Binnenlands Bestuur* 4 december 2015, week 49, p. 20-22.

Commissie Korthals Altes 1995.

Commissie Heroverweging instrumentarium handhaving (Cie. Korthals Altes), *Het recht ten uitvoer gelegd, Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving*, 1995.

Commissie Kortmann 1994.

Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (Cie. Kortmann), *Handhaving door bestuurlijke boeten*, Den Haag 1994.

Commissie Mans 2008

Commissie Herziening Handhavingstelsel VROM-regelgeving (Cie. Mans), *De tijd is rijp*, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2009/12/10/de-tijd-is-rijp.html>, 2008.

Commissie Michiels 1998

Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (Cie. Michiels), *Handhaven op niveau*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998.

Corstens/Borgers 2014

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2014.

Crijns 2014

J.H. Crijns, 'Op zoek naar consistentie', *RM Themis* 2014, p. 263-274.

Daalder en Bontje 2015

E. Daalder en N. Bontje, 'Openbaarheid en behoorlijkheid', *NTB* 2015/21.

Den Houdijker 2006

F.M.J. den Houdijker, 'Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning', in: *Bestuurlijke punitieve sancties*, Preadviezen Jonge VAR 2015, Den Haag: Bju 2006.

De Hullu 2002

J. de Hullu, *Herziening van het sanctiestelsel*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2002.

De Hullu 2003

J. de Hullu, *Recidive en straftoemeting*, Kluwer: Deventer 2003.

De Hullu 2015

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

De Lange 2005

A. de Lange, 'De terugkeer van de bestuurlijke partij in het strafproces', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht (liber amicorum J.M. Reijntjes)*, Nijmegen: WLP 2005.

De Lange 2010

A. de Lange, 'De strategische terugtocht van een monopolist. In het belang van een beheerste en evenwichtige toepassing van het strafrecht', *Strafblad* 2010, p. 176-193.

De Wijkerslooth 2007

J.L. de Wijkerslooth, 'De strafbeschikking', p. 1-19 in: *Het wetsvoorstel OM-afdoening en de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving*, preadviezen vereniging voor wetgeving en wetgevingskwaliteitsbeleid, Nijmegen: WLP 2007.

Dijkstra 2013

A. Dijkstra, 'De WAHV: kritische noten', in: A. Dijkstra, B.F. Keulen en G. Knigge (red.), *Het Roer Recht (liber amicorum aangeboden aan Wim Vellinga en Feikje Vellinga-Schootstra)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 97-107.

Doorenbos 2007

D.R. Doorenbos, *Naming & Shaming*, Deventer: Kluwer 2007.

Flight, Hartmann en Nauta 2012

S. Flight, A. Hartmann en O. Nauta, *De bestuurlijke strafbeschikking en de bestuurlijke boete overlast. Evaluatie na drie jaar*, www.wodc.nl, 2012.

Fluit 2015

P.S. Fluit, 'De Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving gewogen en te licht bevonden', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2015/14.

Goeting 2015

T.N.F. Goeting, 'In mandaat besloten. Een onderzoek naar de praktijk van mandaatverlening aan Regionale Uitvoeringsdiensten', *Gemeentestem* 2015/112.

Gritter, Knigge en Kwakman 2005

E. Gritter, G. Knigge en N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling. Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de economische delicten te herzien*, serie Onderzoek en beleid WODC nr. 234, Den Haag: BJU 2005.

Groenhuijsen en Knigge 1999

M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, 'Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter terechtzitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 1-55.

Hartmann 1999

A.R. Hartmann, 'Buitengerechtelijke afdoening', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter terechtzitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 59-90.

Hartmann 2002

A.R. Hartmann, 'Buitengerechtelijke afdoening II', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 79-198.

Hartmann 2011

A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2011.

Jansen 2002

O.J.D.M.L. Jansen, 'De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht – Enkele beschouwingen over het bestraffende deel daarvan', *Preadvies NJV* 2002, p. 167-255.

Jasiak en Grimbergen 2011

A. Jasiak en R. Grimbergen, 'Naar een eenduidig sanctiestelsel', *RM Themis* 2011, p. 278-281.

Jurgens 2007

G.T.J.M. Jurgens, 'Harmoniseren of integreren? De strafbeschikking en de bestuurlijke boete vergeleken', in: *Het wetsvoorstel OM-afdoening en de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving*, Preadvies voor de vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Nijmegen: WLP 2007, p. 21-70.

Kessler 2003

M. Kessler, *Vervolgingssystemen in de belastingen*, Den Haag: BJU 2003.

Kessler 2015

M. Kessler, *De strafbeschikking*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2015.

Keulen 2006

B.F. Keulen, 'Twee keer geel is rood. Enkele opmerkingen over het -sterk- gewijzigde wetsvoorstel puntenstelsel rijbewijzen', *VR* 2006, p. 363-366.

Keulen en Knigge 2010

B.F. Keulen en G. Knigge, *Strafprocesrecht*, twaalfde druk, Deventer: Kluwer 2010.

Keulen 2011

B.F. Keulen, 'De WAM onder de WAHV? Of liever een echte straf?', *VR* 2011, p. 69-72.

Keulen 2012

B.F. Keulen, *Het Nederlandse stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken*, preadvies Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2012.

Keulen 2014

B.F. Keulen, 'Strafrechter en consensualiteit', *DD* 2014/71.

Keulen, Bröring, Van Dijk, Postma en Buwalda 2015

B.F. Keulen, H.E. Bröring, A.A. van Dijk, A. Postma, en M.E. Buwalda, *De punitieve handhaving van de Omgevingswet*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, <https://omgevingswet.pleio.nl/>.

Keulen 2015

B.F. Keulen, 'Naar een bestuurlijke strafbeschikking sociale zekerheid?', *DD* 2015/50.

Knigge 1994

G. Knigge, *Strafvordering in het geding*, preadvies NJV 1994.

Knigge 2000

G. Knigge, 'De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RM Themis* 2000, p. 83-96.

Knigge 2001

G. Knigge, 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 93-124.

Kooijmans 2007

T. Kooijmans, in: M.S. Groenhuijsen/A.L. Melai, *Het Wetboek van Strafvordering*, commentaar op artikelen 257a-257h Sv, supplement 160 (april 2007).

Langemeijer 2010

F.F. Langemeijer, *Het slachtoffer en het strafproces*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2010.

Mein 2015

A.G. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht*, <http://repub.eur.nl/pub/78240/>.

Michiels 1994

F.C. M.A. Michiels, *De boete in opmars?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Michiels 2007

F.C.M.A. Michiels, 'Naming and shaming in het markttoezicht', *NTB* 2007/16.

Michiels 2015

F.C.M.A Michiels, 'Passend en geboden. Over de betekenis van het evenredigheidsbeginsel bij bestuurlijke sancties', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof.mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Bju 2015, p. 363-382.

Michiels en De Waard 2007

F.C.M.A. Michiels en B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: 2007.

Mulder 1957

A. Mulder, 'De verhouding van administratieve sancties en straffen', in: *De verhouding van administratieve sancties en straffen*, Preadviezen VAR, Haarlem: Tjeenk Willink 1957, p. 45-85.

Pesselse 2013

G. Pesselse, 'Het recht op beroep in artikel 2 Zevende Protocol EVRM', *Strafblad* 2013, p. 130-140.

Rapport Procureur-Generaal 2014

Een rapport van de procureur-generaal bij de Hoge Raad in het kader van het in art. 122 lid 1 Wet Ro bedoelde toezicht, *Beschikt en gewogen. Over de naleving van de wet door het Openbaar Ministerie bij het uitvoeren van strafbeschikkingen*, onderzoekers G. Knigge en C.H. de Jonge van Ellemee, Den Haag 2014.

Rapport Rechtshandhaving 1988

Rechtshandhaving, WRR-rapport nr. 35, 1988,
<http://www.wrr.nl/publicaties/publicatie/article/rechtshandhaving/>.

Sackers 2010

H.J.B. Sackers, *Herder, hoeder en handhaver. De burgemeester en het bestuurlijk sanctierecht*, Nijmegen 2008.

Schoep en Schuyt 2009

G.K. Schoep en P.M. Schuyt, *Straftoemeting in milieu- en gezondheidszaken*, Nijmegen: WLP 2009.

Struijk 2011

S. Struijk, *De ISD in perspectief*, Nijmegen: WLP 2011.

Stijnen 2011

R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2011.

Ten Kate 2015

S.N.M. ten Kate, 'Het alcoholslotprogramma: de geest terug in de fles', *VR* 2015, p. 128-141.

Van de Bunt, Van Erp, Van Wingerde 2004

Henk van de Bunt, Judith van Erp en Karin van Wingerde, 'Hoe stevig is de piramide van Braithwaite?', *Tijdschrift voor Criminologie* 2004 (49) 4, p. 386-399.

Van den Berg en Heinen 2007

A.E.M. van den Berg en P.C.M. Heinen, 'Wet Bibob en de Wet Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid: te kort door de Straatsburgse bocht?', *Gemeentestem* 2007/141.

Van de Griend 2003

B.J. van de Griend, *Het oogmerk als ijkpunt*, Den Haag 2003.

Van Hattum 2012

W.F. van Hattum, *Non bis in idem. De ontwikkeling van een beginsel*, Nijmegen: WLP 2012.

Van Tuijn 1996

K.E. van Tuijn, 'Huiswerk voor de rijders onder invloed', VR 1996, p. 34 e.v.

Van der Vorm 2013

B. van der Vorm, 'De strafrechtelijke intrekings- en weigeringsgrond van artikel 3 lid 6 Wet Bibob', *Gemeentestem* 2013/91.

Van Emmerik en Saris 2014

M.L. van Emmerik en C.M. Saris, *Evenredige bestuurlijke boetes*, Preadvies VAR 2014, Den Haag: BJu 2014.

Van Erp 2009

J.G. van Erp, *Naming en shaming in het markttoezicht. Een onderzoek naar de openbaarmaking van sancties op de financiële markt*, Den Haag: BJu 2009.

Vellinga 2006

W.H. Vellinga, 'Van handhaving van verkeersregels naar regels van strafrecht en strafprocesrecht', VR 2006, p. 317-326.

Verbeek 2012

J.L. Verbeek, 'Twee procedures, twee werkelijkheden? Feitenvaststelling bij samenloop van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving', *JBplus* 2012/1, p. 31-45.

Verhey en Verheij 2005

L.F.M. Verhey en N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters. Markttoezicht in constitutioneel perspectief', in: *Toezicht*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2005, p. 135-332.

Winter e.a. 2012

H. Winter, A. Sibma, N. Struiksma, E. Beswerda, N. Woestenburg, *Op doel? Evaluatie van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast*, Pro facto: Groningen 2012, www.wodc.nl.

Witberg 2011

T. Witberg, 'Sanctiestelsel. Naar een eenduidig handhavingssstelsel', *RM Themis* 2011/6, p. 274-278.